

NELSON LACAVA FILHO

**Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito:
Hierarquia e disciplina como bases sistêmicas**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

NELSON LACAVA FILHO

**Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito:
Hierarquia e disciplina como bases sistêmicas**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Lacava Filho, Nelson

Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito: Hierarquia e disciplina como bases sistêmicas/Nelson Lacava Filho: orientador Renato de Mello Jorge Silveira -- São Paulo, 2018.

333 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Penal Militar. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Legitimidade. 4. Bases Sistêmicas. I. Silveira, Renato de Mello Jorge, orientador. II. Título.

*“Haveis de ouvir falar sobre guerras e rumores de guerras.
Cuidado para não vos alarmardes.
É preciso que essas coisas aconteçam, mas ainda não é o fim”
(Mt. 24:6).*

**Para Thaís, minha mulher, meu amor;
Elizabeth, minha mãe, que me ensinou o valor da disciplina;
Isabella, Cecília, Heloísa, minhas filhas, e Carolina, minha sobrinha, alegria de viver;
Lígia, minha irmã, que tem no seu coração os mesmos brios que os meus;
Sueli, minha sogra, sempre certa nas adversidades.
Mulheres da minha família, guerreiras, das quais sou arrimo.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu saúde e meios para realizar esse trabalho.

Ao meu orientador, Professor Renato de Mello Jorge Silveira, pela paciência, trabalho, serenidade e amizade de tantos anos, e por sua contribuição, não apenas nesse trabalho, mas na minha formação e construção de carreira.

Aos Professores Alamiro Velludo Salvador Neto e Luciano Anderson de Sousa, sem contar a irmandade e carinho durante esses anos todos, pelas contribuições e incentivos quando do exame de qualificação.

Ao Professor Antonio Luis Chaves Camargo (*in memoriam*), pelas inspirações ora aqui, ora ali, durante a redação e estruturação do trabalho.

À Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, pela sugestão de bibliografia que fez toda a diferença.

Aos meus colegas de Ministério Público Militar, a saber, o Procurador-Geral Jaime de Cássio Miranda, o Conselheiro Marcelo Weitzel Rabello de Souza, o Subprocurador-geral de Justiça Militar Alexandre Concesi, o Procurador de Justiça Militar Alexandre José de Barros Leal Saraiva, e os Promotores de Justiça Militar Alexandre Reis de Carvalho e Marcos José Pinto pelos apoios fundamentais sem os quais não teria sido possível concluir a tese.

Ao Professor José Carlos Couto de Carvalho, pela ajuda com bibliografia e trocas de experiências.

Ao Comandante do Exército, General Villas Boas e seu Estado Maior, General Thomaz, ao Almirante Barros Coutinho e ao Coronel Aviador Daniel Cavalcante de Mendonça por me franquearem as portas das Forças Armadas.

Aos Ministros do Superior Tribunal Militar, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo e Marcos Martins Torres (*in memoriam*), pela visão que me deram da Justiça Militar.

A todos, os meus agradecimentos.

RESUMO

LACAVA FILHO, Nelson. *Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito: Hierarquia e disciplina como bases sistêmicas*. 2018. 333 p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente tese tem como objetivo defender a legitimidade do sistema penal militar no contexto do Estado Democrático de Direito e estabelecer vetores para a reforma do referido sistema, atualmente em curso no Brasil. O trabalho se subdivide em quatro partes. Na primeira parte, após uma breve contextualização do problema a ser investigado, são lançadas as bases histórico-normativas do sistema penal militar brasileiro. Assim, é feito um apanhado da história do Direito Penal Militar desde a Antiguidade, Idade Média, momento codificador e a recepção do Direito Militar no Brasil e suas codificações. Na segunda parte, analisa-se, a partir da realidade social e dos atuais empregos das Forças Armadas, se o sistema penal castrense brasileiro, baseado na dicotomia “Tempo de Paz” e “Tempo de Guerra”, seria consentâneo com as suas finalidades, tendo em vista, sobretudo, o fenômeno das “novas guerras” e o “combate assimétrico”. Na terceira parte, busca-se estabelecer as bases para uma legitimação dogmática do sistema penal militar tendo em vista os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito e os traços diferenciadores do conceito de crime militar, com especial ênfase aos critérios *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*. Além disso, com base nas investigações da dogmática penal alemã, no que tange ao “sistema integral de Direito Penal”, demonstra-se o ganho em qualidade que representa o julgamento realizado pelo escabinato em detrimento do juiz singular nas causas militares. Na quarta e última parte, são propostos os vetores a serem seguidos em uma reforma do sistema. Principia-se por um apanhado das reformas realizadas em diversos países pelo mundo, tanto no que diz respeito ao Direito Penal Militar quanto no que concerne ao Direito Processual Penal Militar, com ênfase na jurisdição castrense. Faz-se uma breve análise de como esta reforma está em curso no Brasil e da nova alteração no conceito de crime militar em tempo de paz, estabelecida pela Lei 13.491/2017. Defende-se que o Direito Penal Militar, por seus fundamentos sistêmicos diversos do Direito Penal comum, justifica a existência de uma codificação com Parte Geral diversa do Código Penal comum, e, na reforma, deve buscar, ao invés de se harmonizar aos princípios do sistema penal comum, aproximar-se do Direito Internacional Penal, especialmente no que diz respeito às normas do Tribunal Penal Internacional relativas aos crimes de guerra e genocídio. Nesse contexto, noções como a “responsabilidade do comandante” e os princípios da “necessidade” e “proporcionalidade militares”, extraídos do Direito Internacional dos Conflitos Armados, são importantes traços legitimadores do julgamento pelo escabinato. Além disso, analisa-se que a tendência de expandir a competência da Justiça Militar da União para o julgamento de causas envolvendo matéria disciplinar militar, já operada no âmbito da jurisdição militar estadual e defendida, inclusive em relatório do CNJ, para a justiça militar da União, além de representar, certo ponto, um retorno às origens da Justiça Militar da União, é uma constatação inconsciente de que não há diferenciação entre o conceito material de crime militar e infração disciplinar militar, o que justifica um sistema de Direito Penal Militar integral. Pontua-se, ainda, que, diante da utilização cada vez mais corriqueira das Forças Armadas em atividades de “policimento”, não se justificam as pressões pela desmilitarização das Polícias Militares e, também, pela extinção das Justicas Militares dos Estados.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Militar. Estado Democrático de Direito. Legitimidade. Bases Sistêmicas.

ABSTRACT

LACAVA FILHO, Nelson. *Legitimacy of Military Criminal Law: hierarchy and discipline as systemic bases*. 2018. 333 p. Doctor – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The aim of the present thesis is to defend the legitimacy of the military penal system in the context of a Democratic State under the rule of law and establish guidelines for the reform of this system, which is currently in force in Brazil. The work is divided into four parts. In the first part, following a brief contextualization of the problem, the historical and normative bases of the military penal system in Brazil are outlined. Thus, a survey is conducted of Military Criminal Law since ancient times and the Middle Ages to the time of drafting and adopting Military Criminal Law in Brazil. In the second part, from the social reality and current deployment of the Armed Forces, an analysis is conducted of whether the military penal system, based on the dichotomy of “Peacetime” and “Wartime”, is actually in keeping with its purposes. This analysis is conducted especially with a view to the phenomenon of “new wars” and “asymmetric warfare”. The third part seeks to establish the bases for the dogmatic legitimacy of the military penal system, bearing in mind the principles and guarantees for a Democratic State under the rule of law and the differentiating traits of the concept of military crime, with special emphasis on the criteria of *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis* and *ratione legis*. Furthermore, based on investigations of the German penal dogma with regard to the “integral system of Penal Law”, the gain in quality represented by a trial by jury rather than a judge when dealing with military cases. In the fourth and final part, the guidelines to be followed in a reformed system are proposed. It begins with a survey of the reforms made in a number of countries around the world concerning Military Criminal Law and Military Criminal Procedural Law, with emphasis on military jurisdiction. A brief analysis is conducted of how this reform is ongoing in Brazil and the new alteration in the concept of military crime in peacetime, as established by Law 13.491/2017. An argument is made in favor of Military Criminal Law through its diverse systemic fundamentals of the common Penal Code. This justifies the existence of a code as a General Part different from the common Penal Code. In the reform, instead of the principles of the common penal code being harmonized, it would draw nearer to those of International Criminal Law, especially regarding the norms of the International Criminal Court concerning war crimes and genocide. In this context, notions such as the “responsibility of the commander” and the principles of “need” and “military proportionality”, extracted from the International Law of Armed Conflict, are important legitimizing traits of trial by jury in a court of law. Furthermore, there is a tendency to extend the competence of Federal Military Justice to include the trial of cases involving military discipline, which already operate in the context of state military jurisdiction and defended, even by the NJC report, to federal military justice. This, in addition to representing a return to the origins of federal military justice, is an unconscious statement that there is no differentiation between the concept of military crime and military disciplinary misdemeanors, which justifies a system of a full Military Penal Code. It should also be pointed out that with the increasing everyday use of the Armed Forces in “policing” activities, the pressures arguing for the demilitarization of the Military Police cannot be justified, nor can the pressures to abolish state Military Courts.

KEYWORDS: Military Criminal Law. Democracy. Legitimacy. Systemic Bases.

RIASSUNTO

LACAVA FILHO, Nelson. *Legittimità del Diritto Penale Militare nel Stato Democratico di Diritto: gerarchia i disciplina militari come basi sistemiche*. 2018. 333 p. Doctor – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

Lo scopo di questa tesi è difendere la legittimità del sistema penale militare nel contesto dello Stato Democratico di Diritto e stabilire vettori per la riforma di tale sistema, attualmente in corso in Brasile. La tesi è suddivisa in quattro parti. Nella prima parte, dopo una breve contestualizzazione del problema ad essere indagato, vengono lanciate le basi storico-normative del sistema penale militare brasiliano. Così, viene fatto un sondaggio della storia del Diritto Penale Militare fin dall'antichità, Medioevo, momento di codifica e la ricezione del Diritto Militare in Brasile e le sue codifiche. Nella seconda parte, dalla realtà sociale ed dai lavori attuali delle Forze Armate, viene analizzato se il sistema di giustizia penale militare brasiliano, basato sulla dicotomia "Tempo di Pace" e "Tempo di Guerra", sarebbe coerente con i suoi scopi, soprattutto in considerazione del fenomeno delle "nuove guerre" e del "combattimento asimmetrico". La terza parte mira a stabilire le basi per una legittimazione dogmatica del sistema penale militare in considerazione dei principi e delle garanzie dello Stato Democratico di Diritto e delle caratteristiche distintive del concetto di crimine militare, con particolare attenzione ai criteri *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*. Inoltre, basato sulle indagini della dogmatica criminale tedesca riguardanti il "sistema integrale di Diritto Penale", sono dimostrati i guadagni di qualità rappresentati dal giudizio compiuto dallo scabinato a scapito del giudice singolare nelle cause militari. Nella quarta e ultima parte, vengono proposti i vettori da seguire in una riforma del sistema. Iniziamo da una panoramica delle riforme realizzate in diversi paesi in tutto il mondo, sia per quanto riguarda il Diritto Penale Militare come per quanto riguarda il Diritto Processuale Penale Militare, con enfasi sulla giurisdizione militare. Si fa una breve analisi di come questa riforma è in corso in Brasile e il nuovo cambiamento del concetto di crimine militare in tempo di pace, istituito dalla Legge 13.491/2017. Si sostiene che il Diritto Penale Militare, grazie ai suoi fondamenti sistemici diversi dal Diritto Penale comune, giustifica l'esistenza di una codifica con Parte Generale diversa dal Codice Penale comune e, nella riforma, esso dovrebbe cercare di ravvicinarsi al Diritto Internazionale Penale piuttosto che armonizzarsi ai principi del sistema penale comune, in particolare per quanto riguarda le norme del Tribunale Penale Internazionale relative ai crimini di guerra e al genocidio. In questo contesto, nozioni come la "responsabilità del comandante" ed i principi della "necessità" e della "proporzionalità militare", estratte dal Diritto Internazionale dei Conflitti Armati, sono importanti tratti legittimanti del giudizio dallo scabinato. Inoltre, si analizza che la tendenza ad estendere la competenza della Giustizia Militare dell'Unione per il giudizio delle cause che riguardano questioni disciplinari militari, già operata nell'ambito della giurisdizione militare dello Stato e difesa anche nel rapporto del CNJ, per la giustizia militare dell'Unione, oltre a rappresentare, ad un certo punto, un ritorno alle origini della Giustizia Militare dell'Unione, è una scoperta inconscia che non vi è alcuna differenziazione tra il concetto materiale di crimine militare e d'infrazione disciplinare militare, che giustifica un sistema di Diritto Penale Militare integrale. Si nota inoltre che, dato l'uso sempre più comune delle Forze Armate nelle attività di "polizia", le pressioni per la smilitarizzazione della Polizia Militare ed anche l'estinzione della Giustizia Militare degli Stati, non sono giustificate.

PAROLE CHIAVE: Diritto Penale Militare. Stato Democratico Di Diritto. Legittimità. Basi Sistemiche.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO INTRODUTÓRIO - PARADOXOS DE UM SUBSISTEMA POUCO CONHECIDO	14
PRIMEIRA PARTE – BASES HISTÓRICAS E NORMATIVAS DO DIREITO PENAL MILITAR	24
1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL MILITAR	24
1.1.1. Histórico do Direito Penal Militar no Brasil	38
1.1.1.1. Os Artigos de Guerra de Conde Lippe e o Direito Militar no Brasil Colônia e Imperial.....	38
1.1.1.2. A República e o Código Penal da Armada	47
1.1.1.3. O Código Judiciário de 1920	53
1.1.1.4. O Direito Penal Militar no período da Segunda Guerra Mundial	60
1.1.1.5. O Direito Penal Militar nos anos do Regime Militar (os anos de 1964 a 1985)	63
1.1.2. SISTEMA DE DIREITO PENAL BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 ...	69
SEGUNDA PARTE – DA LEGITIMIDADE NORMATIVO EXISTENCIAL DO DIREITO PENAL MILITAR	78
2.1 LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR: LEGITIMAÇÃO EXISTENCIAL DO SISTEMA PENAL MILITAR.....	78
2.1.1. Legitimação do ponto de vista posto – guerra e dissuasão.....	86
2.1.2. Legitimação do ponto de vista contemporâneo – Operações de Paz, GLO, Policiamento de Fronteira e Ações Subsidiárias	105
TERCEIRA PARTE – BASES PARA UMA LEGITIMAÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL MILITAR	126
3.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS PENAIIS	126
3.1.1. Bem Jurídico Penal e conceito de Crime Militar.....	134
3.1.1.1. Hierarquia e disciplina e os princípios e valores da vida militar.....	158
3.1.1.2. Anteparos limitadores	168
3.1.2. Direito Penal Militar e finalidade da pena.....	171
3.1.3. Sistema Integral de Direito Penal e Direito Penal Militar	181
QUARTA PARTE – A REFORMA DO DIREITO PENAL MILITAR	196
4.1. A REFORMA DO DIREITO MILITAR.....	196
4.1.1. Exemplos do Direito estrangeiro	199
4.1.2. A jurisdição penal militar no direito comparado	206

4.1.3. A realidade brasileira.....	219
4.2 _A QUESTÃO CONSTITUCIONAL E AS REFORMAS.....	233
4.2.1. O Sistema Penal Militar, o Tribunal Penal Internacional e as Operações de Paz	248
4.2.1.1 Do Direito Internacional da Guerra, breve síntese de suas bases históricas e sua necessária relação com o direito repressivo castrense.....	248
4.2.1.2. Princípios de Direito Internacional Humanitário e Jurisdição Militar	259
4.2.1.3. Problemas de Direito Penal, Penal Internacional no contexto do emprego de forças militares em suas novas missões no cenário das relações internacionais pós-guerra fria	273
4.3. A EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA	286
4.3.1. Direito Disciplinar Militar e Direito Penal Militar – Distinção Sistêmica.....	288
4.4 DIREITO PENAL MILITAR, SEGURANÇA PÚBLICA INTERNA E POLÍCIAS MILITARES - UM TEMA BASTANTE CONTROVERTIDO.....	297
CONCLUSÃO.....	302
REFERÊNCIAS	315

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a legitimidade de um sistema de Direito Penal Militar autônomo com foco no sistema penal militar federal, tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito, e a relação dos vetores hierarquia e disciplina, princípios basilares de organização das Forças Armadas, como princípios reitores na fundamentação de um sistema repressivo castrense com traços diversos do sistema de Direito Penal comum.

Para tanto, três indagações nortearam a presente investigação: a primeira é se seria legítima a autonomia do sistema de Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito; a segunda, partindo do pressuposto de que deveria ser considerada legítima a autonomia do referido sistema, se este se encontra compatível com o Estado Democrático de Direito e o contexto social atual e, por fim, se o referido sistema penal militar não se encontra compatível, quais paradigmas devem nortear possíveis alterações legislativas.

Como respostas a estas indagações defende-se a tese de que a autonomia do Direito Penal Militar e seu subsistema repressivo são legítimos tendo em vista que, muito embora haja similitude com o sistema de Direito Penal comum, há uma gama de peculiaridades que possibilitam uma sistematização diversa. Essas peculiaridades inviabilizam, ou pelo menos, tornam contraproducente a existência de uma Parte Geral comum, como tem sido a tendência de alguns ordenamentos modernos.

Por outro lado, muito embora a autonomia do Direito Penal Militar seja legítima, defende-se que o ordenamento repressivo militar, tal como posto no Brasil, encontra déficit de legitimidade que, não obstante não o coloque em contraposição com o Estado Democrático de Direito e o contexto social (contexto de emprego das Forças Armadas e outras corporações militares), traz dificuldades não só na aplicação de suas normas pelos tribunais, mas, também, na própria operacionalidade das missões militares.

Propõe-se que, na busca da diminuição desse “déficit de legitimidade”, muito embora a solução intuitiva seja harmonizar o Direito Penal Militar ao Direito Penal comum (coisa que vem ocorrendo no Brasil desde o início do século XX), os paradigmas a serem levados em consideração a fim de nortear possíveis reformas do sistema repressivo militar devem ser as atuais formas de emprego das forças e corporações militares, com especial preocupação quanto a uma codificação dos “crimes de guerra”. Nesse diapasão, tendo em vista que a necessidade, proporcionalidade e estratégias do “ataque”, de acordo com o Direito Internacional dos Conflitos Armados, constituem elementos importantes para se aferir a responsabilidade dos militares envolvidos, o escabinato é, por excelência, a estrutura

judicante mais apropriada a conduzir o julgamento dos crimes militares, consolidando-se o sistema repressivo militar como um subsistema integral de Direito Penal autônomo.

É a tese que se pretende provar.

Tomando por base a presente tese, após um breve capítulo introdutório em que será aprofundada a problematização da pesquisa, a presente investigação se conduzirá em quatro partes.

Na primeira parte, composta por um único capítulo, serão apresentadas as bases históricas e normativas do ordenamento repressivo castrense brasileiro. O aprofundamento da pesquisa no que diz respeito ao referido tema justifica-se em razão da gênese diversa das primeiras normas de Direito Militar, nelas incluindo-se o Direito Penal e Processual Penal Militar desde a Antiguidade e o seu aprimoramento e desenvolvimento quando da formação do conceito de Estado Moderno.

Na segunda parte, composta também por um único grande capítulo, buscar-se-á, partindo-se do pressuposto de que a legitimidade de um ordenamento jurídico não apenas se pauta pelos princípios éticos e valores que o fundamentam, mas deve estar aberta e servir à realidade filosófica e social do momento histórico em que é aplicado, tratar-se-á da legitimação normativa existencial do Direito Penal Militar, abordando, em que pese de forma perfunctória, a realidade de emprego das Forças Armadas no Brasil, tanto no seu aspecto tradicional de defesa externa da Pátria – emprego em situação de guerra declarada e preparo com vistas à dissuasão - quanto no que diz respeito ao seu emprego contemporâneo em Operações de Paz, Operações de Garantia da Lei e da Ordem, Policiamento e Fronteira e Ações Subsidiárias, tendo como pano de fundo o conceito das “novas guerras” e do “combate assimétrico”.

Na terceira parte, voltando para o sistema penal militar propriamente dito, em um único capítulo, serão explicitadas as bases para uma legitimação dogmática do Direito Penal Militar, tendo como cerne os princípios e direitos e garantias fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito, discorrendo-se, sobretudo, a respeito dos tormentosos temas dos conceitos de crime militar e bem jurídico militar e de como a metodologia criada a partir das investigações a respeito do denominado sistema integral de direito penal servem de bases não só para fundamentar a legitimidade da autonomia do Direito Penal Militar, mas também de todo um sistema repressivo castrense que não envolve apenas uma legislação penal material diversa, mas também uma legislação processual diferenciada bem como a própria manutenção do escabinato.

Na quarta parte, tendo como que por defendida a manutenção da autonomia do sistema penal militar brasileiro, em um grande capítulo, subdividido em quatro grandes tópicos com seus subitens, serão apresentados paradigmas e sugestões para uma reforma do direito repressivo castrense brasileiro. Assim, no primeiro capítulo dessa parte, far-se-á um apanhado de como alguns outros países vêm “remodelando” o seu direito repressivo militar e dos principais projetos de lei e decisões dos Tribunais Superiores quanto ao tema no Brasil. No segundo capítulo dessa parte, será analisada relação entre a reforma do referido sistema e a Constituição brasileira bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Conflitos Armados. E, no último capítulo dessa derradeira parte, muito embora o enfoque principal seja o sistema repressivo castrense com foco no que diz respeito à sua aplicação no contexto das Forças Armadas, será tratada, mesmo que de forma superficial, a intrincada questão referente as Polícias Militares e a Justiça Militar Estadual.

Por fim, esperando haver convencido o leitor da tese que se pretende provar com a presente investigação e, diletantismo a parte, suscitar indagações que estimulem novas pesquisas sobre temário tão complexo e intrigante, concluir-se-á por pontos.

CAPÍTULO INTRODUTÓRIO - PARADOXOS DE UM SUBSISTEMA POUCO CONHECIDO

A presente tese tem o escopo de verificar, tomando por base o modelo de Estado adotado pelo Brasil e a complexa realidade da sociedade brasileira inserida no contexto global, a pertinência da manutenção da autonomia do Direito Penal Militar como subsistema do ordenamento jurídico brasileiro e como ela deve ser concretizada a fim de que se demonstre legítima diante dos fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito.

A dogmática penal brasileira vem conhecendo intensa produção científica e modificação de entendimentos quanto aos seus pressupostos. É nítida a preocupação em buscar um Direito Penal mais consentâneo com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, é digno de nota que, nos últimos anos, Tecnicismo Jurídico, que se sustentou por muito tempo por obra de Nelson Hungria, pelo menos no que diz respeito à melhor doutrina em Direito Penal, é um dado ultrapassado. Como salienta Alamiro Velludo Salvador Netto, a reforma da Parte Geral impôs à Dogmática Penal brasileira a análise do sistema penal sob os influxos do finalismo¹.

Dessa forma, uma boa parte dos autores da dogmática penal brasileira se denomina finalista², ou pelo menos aparenta ser, e um outro grupo considerável vem adotando, como norte para o seu pensamento científico, os pressupostos das posturas funcionais adotadas na Alemanha³.

No campo legislativo, é nítida a preocupação em adequar o Direito Penal Positivo aos ditames da Ordem constitucional já estabelecida há mais de 20 anos e dos novos entendimentos científicos e jurisprudenciais. Em que pese, mais uma vez de forma atabalhoada e desprovida de consistência científica, essa tentativa do Legislador vem se concretizando no projeto do novo Código Penal brasileiro de iniciativa do Senado, que tramita no Congresso, sob a relatoria do Senador Pedro Taques⁴.

¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 92.

² PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114, v. 1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229-244.

³ A título de exemplo, podemos citar: Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, André Calegari etc., para não cogitar na quase totalidade dos atuais professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo.

⁴ Trata-se do PLS 236/2012 que tramita em conjunto com o PLS 150/2015, no Senado Federal.

Nesse contexto de mudanças e profunda discussão doutrinária, remanesce quase como que esquecido de toda essa produção científica e dos influxos dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, subsistema do ordenamento jurídico, tradicionalmente considerado como Direito Penal Especial, qual seja, o Direito Penal Militar que, em torno de sua especialidade, fundamenta a existência de todo um ramo do Poder Judiciário, a fim de preservar de julgamentos equivocados os casos que envolvem a matéria.

Tal ramo do Poder Judiciário, seja pelo desconhecimento e desinteresse da maior parte dos juristas quanto à matéria por ele julgada, seja pelo fato de se fazer esquecido do Poder Legislativo no que concerne a reformas na legislação material e processual penal militar, vem sendo alvo de constantes críticas a ponto de se levantarem vozes contestando a necessidade de sua existência⁵.

Nesse diapasão, observa-se de parte do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, diante de reiteradas medidas judiciais levadas a efeito tanto pela Defensoria Pública da União, como por advogados e, até pela Procuradoria Geral da República⁶, uma tentativa, nem sempre bem sucedida, de harmonizar a legislação, que é de 1969, ao sistema de princípios constitucionais vigentes e à nova realidade da caserna inserida no contexto da complexidade da sociedade brasileira e das relações do Brasil com a Sociedade Internacional⁷.

⁵ Nesse sentido, matéria publicada no *site* G1, intitulada: “Barbosa critica gastos com Justiça Militar, e CNJ cria grupo sobre tema”, de 02/04/2013. (NÓBREGA, Thalita Borin. A questão da Justiça Militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13304&revista_caderno=9>. Acesso em set 2014).

⁶ É importante ressaltar que além de uma enxurrada de *habeas corpus* e recursos extraordinários distribuídos no Excelso Pretório constantemente pela Defensoria Pública da União no sentido de aplicar institutos do sistema criminal comum ao sistema criminal militar, recentemente foram propostas perante o STF uma série de ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental pelo Procurador Geral da República. Entre as questões penais suscitadas podemos citar como exemplos a possibilidade de o civil figurar como sujeito passivo do crime militar em tempo de paz; se as missões de caráter subsidiário e de garantia da Lei e da Ordem das Forças Armadas são atividades militares para o fim de configuração de crime militar; a questão da constitucionalidade ou não do crime de pederastia etc. É o que se observa, a título de exemplo, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental nº 289, 290 e 291; na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5032 e no *habeas corpus* nº 112.848, todos em trâmite na Suprema Corte.

⁷ *Nessa esteira, pode ser citada uma tendência do Supremo Tribunal Federal em não considerar como crimes militares crimes de falsificação de ou de uso de documentos falsos de origem militar quando o sujeito ativo da infração penal for civil. A título de exemplo o HC 105256 / PR cujo relator foi o Min. CELSO DE MELLO, que registra uma tendência em se restringir a definição do que seria crime militar e a possibilidade de julgamento de civis pela Justiça Militar da União em razão, sobretudo, do que se observa no Direito Comparado. Nesse sentido: “E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – IMPUTAÇÃO, AO PACIENTE, QUE É CIVIL, DE CRIMEMILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – SUPOSTA PRÁTICA DOS DELITOS DE FALSIDADEIDEOLÓGICA (CPM, ART. 312) E DE USO DE DOCUMENTO FALSO (CPM, ART. 315) – TÍTULO DE INSCRIÇÃO DE EMBARCAÇÃO MIÚDA (TIEM) EMITIDO PELA MARINHA DO BRASIL – LICENÇA DE NATUREZA CIVIL – CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITARSOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ – REGULAÇÃO DESSE TEMA NO PLANO DO DIREITO COMPARADO – OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇAMILITAR – PEDIDO DEFERIDO. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO*

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL. - A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, “*ratione personae*”. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). - O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, “*tout court*”. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. A **REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇAMILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO.** - Tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), v.g.. - Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Derechos Humanos (“*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*”, de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que “um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)” (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, “*Puntos Resolutivos*”). - O caso “*ex parte Milligan*” (1866): importante “*landmark ruling*” da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O **POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.** - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (STF – HC nº 105256 / PR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/06/2012, DJe 07/02/2013). Na mesma esteira, o HC 121778 / AM cujo relator foi o Min. Luiz Fux, que desprezando o disposto no art. 9º, inc. II, alínea a), do CPM, entendeu que não há crime militar no crime patrimonial praticado por militar contra militar não havendo vínculo da ação delitativa com a atividade militar, afastando entendimento consolidado do Plenário do Excelso Pretório no RE 122.706: Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. ESTELIONATO (ART. 251 DO CPM). CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR EM LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. AUSÊNCIA DO INTUITO DE CONTRAPOR-SE À ADMINISTRAÇÃO MILITAR OU A QUALQUER DE SUAS ESPECÍFICAS FINALIDADES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. “O fôro militar não é propriamente para os crimes dos militares, sim para os crimes militares; porque, no militar, há também o homem, o cidadão, e os factos delictuosos praticados nesta qualidade caem sob a alçada da (...) comunhão civil; o fôro especial é só para o crime que elle praticar como soldado, ut miles, na phrase do jurisconsulto romano. Affrontaria o princípio da igualdade o arredar-se da justiça ordinária o processo e julgamento de crimes communs para uma jurisdição especial e de excepção.” (Constituição Federal de 1891, comentários por João Barbalho U. C., ed. Fac-similar, Brasília: Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 343, nota ao art. 77). 2. A congruência entre a definição legal do crime militar e as razões da existência da Justiça Militar exsurge como critério básico, implícito na Constituição, a impedir a subtração arbitrária da Justiça comum de delitos que não tenham conexão com a vida castrense (RE nº 122.706, Plenário, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 21.11.90). 3. In casu, o paciente – servidor militar – foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 251 do CPM, por ter, em tese, utilizado o cartão bancário e a senha de um colega, também servidor militar, e sacado da conta corrente deste a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Deveras, não obstante a condição de militar ostentada por agressor e vítima, o crime não possui qualquer vínculo com a administração militar, bem como não houve intuito de contrapor-se a quaisquer de suas específicas finalidades, impondo-se declarar a incompetência da Justiça Castrense. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o

Na tentativa de atualizar a legislação Penal e Processual Penal Militar, o Superior Tribunal Militar instituiu Comissões a fim de realizar reforma de seus respectivos códigos, cujos trabalhos, em que pese adiantados, encontram-se no processo legislativo⁸.

Questionamento que se faz, tendo em vista as fundadas críticas que vem recebendo o projeto de novo Código Penal Brasileiro em trâmite no Senado Federal⁹, mesmo tendo os juristas que compuseram a Comissão relatora do projeto à sua disposição uma imensa gama de produção científica no que diz respeito ao Direito Penal comum, é se melhor sorte teria a reforma do Código Penal Militar em trâmite no Superior Tribunal Militar, sendo tão diminuta a produção científica séria e aprofundada a respeito do Direito Penal Militar.

É certo que diante dos temas hoje já pacificados entre os adeptos do finalismo e do funcionalismo, o Direito Penal Militar, surge como um grande celeiro de discussões, haja vista que a base teórica da legislação brasileira pertinente ao tema encontra resguardo, ainda, nos fundamentos do tecnicismo jurídico, em que se dá demasiado valor ao aspecto causal da ação.

Além disso, a questão criminal militar pode adquirir verdadeiro *status* de “tubo de ensaio” a partir do momento em que se começa a discutir na dogmática penal as bases de um sistema integral de Direito Penal em que, fundado no conceito material de delito apreendido nas premissas constitucionais, estrutura-se não só o delito como a aplicação da pena e o processo penal, dando maior eficácia ao sistema repressor penal¹⁰. Isso, porque se vislumbra, *primo icto oculi*, um verdadeiro entrelaçamento entre normas constitucionais, penais militares e processuais militares, a ponto de existir toda uma estrutura judiciária especial para o fim de julgar o crime militar.

paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 6. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita, prejudicado o exame do pedido de liminar. Ordem concedida de ofício para declarar a incompetência da Justiça Militar, determinando a remessa dos autos para a justiça comum” (STF – HC . HC 121778 / AM, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turna, j. 06/05/2014, DJe 01-07-2014).

⁸ Isso é o que se extrai de matéria publicada no próprio site do Superior Tribunal Militar em 23 de abril de 2013, intitulada “Ministros do STM apresentam ao Senado sugestões para novo Código Penal Militar”: “(...)A ministra Maria Elizabeth disse que a Justiça Militar da União está ciente da necessidade de se rever a legislação do Direito Militar e disse que a comissão interna foi muito diversificada. “A reforma do Código Penal Militar está praticamente finalizada e teve a participação de diversas instituições, além de professores, juristas, ministros, inclusive com audiência públicas”, afirmou. Ela informou ao relator que o Tribunal já pediu ao presidente do Senado a criação de comissões de senadores para analisarem as reformas do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar (...)”.

⁹ São de conhecimento público as críticas feitas pelos Professores Renê Ariel Dotti, Miguel Reali Júnior, Juarez Tavarez e Juarez Cirino dos Santos ao referido projeto.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 21.

Por outro lado, observa-se na doutrina nacional que a última oportunidade em que os fundamentos da dualidade de sistemas de Direito Penal comum e Direito Penal Militar (e por consequência de jurisdição comum e militar) se deu de forma científica foi em decorrência da célebre obra de Helio Lobo, denominada *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*, de 1906, que motivou Esmeraldino Bandeira a escrever seu “Tratado” e a criação de uma cátedra de Direito Penal Militar nas universidades brasileiras entre os anos de 1925 e 1930, que só teve funcionamento na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro em 1930¹¹.

A complexidade das discussões assume ainda maior relevo quando se percebe que no Direito Comparado há dificuldade de uma troca segura de experiências científicas no que diz respeito à pesquisa no âmbito do Direito Penal Militar em razão da diferença dos sistemas jurídicos, exacerbado pela diversidade do emprego que cada país faz de suas Forças Armadas. O que se observa, aliás, é que os poucos países que tradicionalmente tinham nos seus ordenamentos jurídicos um subsistema de Direito Penal Militar e, por conseguinte, de Processo Penal Militar e Judiciário Militar, vêm se movimentando no sentido da diminuição da importância do referido sub-ramo do direito ou mesmo da extinção das suas Justiças Militares em tempos de paz¹².

É digno de nota que o país que tem oferecido maiores subsídios à dogmática jurídico-penal brasileira, no caso a Alemanha, por razões históricas advindas da sua estruturação no pós-guerra, não possui tradição no que concerne à reflexão no âmbito do Direito Penal Militar, havendo apenas uma legislação complementar ao Código Penal comum a tratar dos delitos militares e não existindo uma Justiça especializada estruturada em tempo de paz¹³.

Em outros países da Europa, como a Itália, em que pese se mantenha uma jurisdição especializada para o julgamento dos crimes militares, esta se restringe ao julgamento de crimes propriamente militares, sendo remota a possibilidade de um civil figurar como sujeito ativo da infração penal militar¹⁴.

¹¹ CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. *Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica*. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1960, p. 17.

¹² É o que noticia o HC 105256 / PR, do Supremo Tribunal Federal, já citado.

¹³ MEY, Edson. *A Justiça Militar em outros países*. Brasília: STM, 1999, p. 11. No mesmo sentido, SÁNCHEZ, José López. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 222.

¹⁴ Nesse sentido, SÁNCHEZ, José López. Op. cit., p. 229 e BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 15-16. Importante aqui fazer um parêntese para explicitar que tal delimitação de incidência da norma penal militar é exatamente a que existia no período da Constituição do Império e que foi defendida por Hélio Lobo, como alternativa à extinção pura e simples da Judicatura militar (LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1960, p. 82).

Como se não bastasse a escassez de produção científica a respeito de Direito Penal Militar no direito comparado e interno, o cenário das relações internacionais entre os Estados da Sociedade Internacional, em virtude dos Tratados Internacionais que passam a classificar o recurso à guerra como um delito internacional, impõe que os Estados vejam as suas próprias Forças Armadas sob nova ótica e determinem uma modificação na própria concepção do combate na atualidade, que passa a ser denominado de “guerra assimétrica” ou de “novas guerras”.

Observa-se, também, que é cada vez mais difícil observar uma situação de guerra formalmente declarada e na qual se observa uma tendência de existência de conflitos armados não mais entre Estados, mas de um determinado Estado com forças insurgentes dele próprio¹⁵.

Essa modificação na concepção do combate, bem como a almejada inserção do Brasil como ator importante no cenário internacional, além da natural modificação do cenário social brasileiro e da produção científica do Direito Penal comum, vão ser fatores, também, a ensejar uma maior reflexão quanto aos pressupostos científicos do Direito Penal Militar.

Ora, num cenário em que a guerra formalmente declarada, nos moldes como preconiza a Constituição da República, é uma realidade cada vez mais distante e, em contrapartida, cresce a participação das Forças Armadas brasileiras em missões de paz junto à Organização das Nações Unidas e, no âmbito interno, em razão da inegável falta de infraestrutura, cresce a participação das instituições militares não só na Garantia da Lei e da Ordem, mas também, na realização de funções subsidiárias de Poder de Polícia Estatal na esfera civil, é premente a necessidade de se discutir em que bases deve se estruturar um Direito Penal Militar coerente com essa nova realidade fática e jurídica. Tudo isso, é claro, sem entender como prejudicada discussão sobre a legitimidade da própria existência do referido sistema.

Tendo em vista que a ciência do direito é definida pela discussão sobre a legitimidade ou não de determinado direito na sua relação com os valores admitidos em um determinado contexto histórico¹⁶, o primeiro escopo da tese, que ora se projeta, é definir, preliminarmente,

¹⁵ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135 e ss.

¹⁶ “(...) la producción científica no se agota en la elaboración de un sistema clasificatorio – dicho gráficamente: en ordenar un maletín de herramientas situando en compartimentos diversos los tornillos y los clavos -, ni tampoco en la elaboración de un sistema teleológico, es decir, en la colocación de los tornillos y los clavos en la secuencia en que han de utilizarse, y por lo tanto tampoco, o al menos no en primer término, en la distinción entre derecho e injusto según criterios predeterminados, sino que la actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la legitimación de Derecho penal: la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta a cerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no es. Com otras palavras, deve señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso verdadeiro, la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad”. (JAKOBS,

se se sustenta legítimo um subsistema de Direito Penal Militar no Brasil, tendo em vista a ordem constitucional vigente que se traduz em Estado Democrático de Direito e os valores atuais da sociedade brasileira inserida nas suas relações com as demais sociedades do mundo, denominada Sociedade Complexa pós-industrial, ou Sociedade de Risco.

No caso de resposta positiva a essa indagação, outra questão a ser aprofundada é se ainda seria cientificamente válido considerar o Direito Penal Militar como um Direito Penal Especial, como a doutrina mais tradicional considera¹⁷, ou se os princípios que regem esse subsistema impõem que se considere outro ramo do direito, dotado de autonomia científica.

Nessa linha de pensamento, é crucial abordar questionamento que rege o cerne da dogmática penal comum sob a ótica do direito penal militar, qual seja, qual seria a finalidade da pena no subsistema normativo denominado Direito Penal Militar? É certo que esse questionamento rege toda a estrutura do Direito Penal comum e as conclusões dele decorrentes impõem consequências sobre todas as categorias dogmáticas¹⁸. Ora, seriam válidas as mesmas conclusões sobre as finalidades da pena, que a ciência penal vem obtendo nos últimos tempos, para o Direito Penal comum e o Direito Penal Militar? A tal questionamento, é importante que se diga, impõe que se responda tendo em vista a natureza das penas que se impõem nas condenações pela prática dos delitos castrenses, que apresentam certas peculiaridades diversas das penas aplicadas nos crimes comuns¹⁹. Nesse diapasão, não é demais ressaltar que o Direito Penal Militar prevê penas que o Direito Penal comum não prevê, como as penas de impedimento, de morte, de reforma etc.

A partir dessa premissa, outro questionamento que se levanta é se o critério, *ex vi legis*, adotado pelo Legislador brasileiro para conceituar o crime militar continua legítimo, ou se seria necessária uma nova conformação legislativa dos tradicionais critérios *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis*. Aliás, nessa análise do conceito de crime militar, cumpre fazer especial aprofundamento no que diz respeito aos bens jurídicos que vem a ser tutelados por esse subsistema normativo repressivo. Seriam os princípios vetores das Forças Armadas, hierarquia e disciplina, tradicionalmente considerados como legitimadores da existência do Direito Penal Especial em questão, ou, no contexto do Estado

Günther. *El Derecho Penal como disciplina científica*. Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008, p. 22).

¹⁷ Cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88.

¹⁸ Cf. CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 37.

¹⁹ Outra questão importante a se abordar é a relação da intensidade das sanções penais aplicadas no Direito Penal Militar com relação às sanções aplicadas no Direito Administrativo Disciplinar Militar, que em muitos casos prevê como punição a restrição da liberdade.

Democrático de Direito e Sociedade de Riscos outros valores passam a ter a mesma hierarquia? Ou seja, se seria possível delimitar um conceito material de crime militar.

Para além da questão da conceituação de crime militar, que define a própria competência para o julgamento dos delitos, a discussão sobre a função da pena do crime militar, vai produzir reflexo na própria estrutura analítica do crime.

Assim, caberia cogitar, em termos de Direito Penal Militar, em teoria da adequação social ou teoria da imputação objetiva, na configuração da tipicidade objetiva? Seria plausível a discussão quanto à aplicação do princípio da insignificância?

No campo da tipicidade subjetiva, todos os avanços do finalismo propostos por Hans Welzel para o direito penal comum, seriam aplicáveis ao Direito Penal Militar, que pune condutas como “dormir em serviço” (art. 203 do CPM) e a deserção (art. 187), que é reconhecido pela doutrina como um crime de mera conduta?

No que diz respeito às cláusulas excludentes da ilicitude, entendemos importante não só uma abordagem das causas justificadoras tradicionais tais como a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal, em relação aos novos trabalhos desenvolvidos sobre o tema²⁰, mas também ponderações quanto às excludentes específicas previstas para o âmbito militar como a prevista no art. 42, parágrafo único do Diploma repressivo castrense, que permite ao comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou calamidade, compelir com atos de violência subalternos a realizarem manobras ou serviços urgentes, com o intento de salvar vidas ou unidade militar. Os fundamentos de tal excludente de antijuridicidade devem ser analisados à luz das novas discussões quanto à necessidade de aplicação da pena de morte aos condenados por crimes militares em tempo de guerra²¹.

Ainda, no campo da antijuridicidade, merecem ser revisitadas as tradicionais discussões no que tange à obediência hierárquica, frente à objeção de consciência e aos sistemas das “baionetas inteligentes” e da “obediência cega”²², tendo em vista a adoção do

²⁰ A título de exemplo: MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

²¹ Há notícias de que o anteprojeto de novo código penal militar que tramita no STM eliminaria essa hipótese de pena prevista constitucionalmente a fim de adequar a legislação interna quanto aos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil.

²² Jorge Alberto Romeiro esclarece que o Brasil adota, no art. 38 do CPM, um sistema intermediário ao das baionetas inteligentes (*baïonnettes intelligentes*), no qual o militar deve desobedecer as ordens não objetivamente legítimas, e o da obediência cega (*obéissance aveugle*), em que o militar não deve questionar o conteúdo da ordem a que é submetido, recaindo a responsabilização quanto ao ato sobre o superior que a proferiu (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994).

fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana adotado como vetor de todo ordenamento jurídico, no Brasil.

No campo da culpabilidade, além de fazer uma análise dos critérios para a aferição da imputabilidade à luz da Constituição e das novas tendências do Direito Penal comparado quanto à matéria, há de se discutir se a teoria diferenciadora, hoje utilizada no Código Penal Militar é válida e mais consentânea com a aferição do Estado de necessidade e analisar se o ordenamento penal militar legítimo no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é coerente com a aferição do conhecimento profano da ilicitude reconhecido pelo finalismo como critério para se aferir está presente a reprovabilidade da conduta ou não.

Em que pese a tormentosa discussão a respeito da legitimidade ou não da existência de um sistema de Direito Penal Militar já ter sido debatida no Brasil, no conhecido embate entre Helio Lobo e Esmeraldino Bandeira, a questão necessita ser revisitada.

Desde o primeiro quarto do século XX, quando se deu a celeuma, o mundo passou por reconhecida transformação social que trouxe reflexos ao Direito Constitucional, ao Direito Penal e, inclusive, ao direito internacional da Guerra.

Muito embora tenha ocorrido toda essa mudança de paradigmas, o direito positivo penal militar brasileiro encontra-se com a legislação defasada e a doutrina especializada na matéria se limita a discutir o tema sob o aspecto da interpretação legislativa, quando muito, fazendo sua contraposição com o texto constitucional, tal como preconizado pelo método do *Tecnicismo Jurídico* de Nelson Hungria²³.

Faltam trabalhos dogmáticos e de política criminal no sentido de se discutir, de forma científica, qual seria a finalidade da pena no Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito, no presente contexto histórico, e, a partir desse critério de Política criminal, nortear a reconstrução de todo esse subsistema criminal, em analogia com o que fez Claus Roxin em relação ao sistema penal alemão no seu *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*²⁴, em que a partir da finalidade da pena no sistema jurídico alemão estabeleceu as principais premissas para o sistema criminal sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana.

É essa a contribuição que a presente pesquisa pretende dar à ciência jurídica brasileira, qual seja, estruturar sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, das novas necessidades das Forças Armadas no contexto mundial atual e social brasileiro, bem como das

²³ Muito embora já existam trabalhos que abordam os novos empregos das Forças Armadas no âmbito do Direito Militar, como inovaram Carlos Frederico Cinelli e Carlos Frederico de Oliveira Pereira, esses o fazem com o viés do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional.

²⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

modernas perspectivas da dogmática penal as linhas de um Sistema de Direito Penal Militar que seja, ao mesmo tempo, legítimo e eficaz.

PRIMEIRA PARTE – BASES HISTÓRICAS E NORMATIVAS DO DIREITO PENAL MILITAR

1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL MILITAR

Tanto a guerra como o Direito são fenômenos ligados à gênese da organização social da humanidade. Desde que se tem notícia da organização do homem em grupos, observa-se a preocupação em se analisar regras de convivência e, concomitantemente, métodos de vencer grupos opositores nos campos de batalha²⁵.

Talvez por isso a guerra seja considerada, também, um fenômeno jurídico ou pelo menos seja um fato social objeto de análise jurídica, obtendo alguma espécie de regulação²⁶.

Já na Antiguidade, são diversos os registros da utilização de regras nos campos de combate²⁷. Exemplo disso são referências, no Código de Hamurabi, a determinados comportamentos que os soldados deviam ter nos campos de combate²⁸, e a referência no monumento que restou nas Thermopylas, onde Leonidas enfrentou os persas, que dizia “*viajante, vae dizer à Sparta que aqui morremos para obedecer às leis sagradas*”²⁹.

Observa-se, entretanto, que tais regramentos são dispostos de forma desordenada, perante exércitos ávidos pelo saque e compostos de grupos de mercenários³⁰ e que somente no

²⁵ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 7.

²⁶ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 107.

²⁷ Renato de J. Bermúdez F. assinala que diversos povos possuíam regras de direito militar na Antiguidade, citando como exemplos o Egito, a Assíria, a Índia, o povo Hebreu, a Lacedemônia, Atenas, a Macedônia e Roma (BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 24).

²⁸ Carlos Frederico Cinelli salienta que no Código de Hammurabi havia a previsão da proteção dos fracos contra a opressão dos fortes e ordenava-se a libertação de reféns mediante o pagamento de resgates (CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 31). Rodrigo Freitas Palma, a seu turno, indica que o § 26 do referido documento histórico apresenta uma hipótese clara do crime de insubmissão pois prevê que se um militar não partisse em uma expedição militar ordenada pelo rei deveria perder sua vida e o seu denunciante poderia ficar com sua casa (PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 57). Salienta, entretanto, que já nas Leis de Eshnunna, anteriores ao Código de Hamurabi, assegurava-se a possibilidade de o militar, prisioneiro de guerra, cuja esposa fosse tomada por outro homem quando de sua ausência, poder retomá-la quando de seu retorno, mesmo que essa tivesse dado a luz o filho do outro homem (p. 58).

²⁹ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. Op. cit., p. 9.

³⁰ PALMA, Rodrigo Freitas. Op. cit., p. 54. Renato de J. Bermúdez assevera, entretanto, com apoio nos textos de Deuteronômio 1:9 e 20:16 a 18, que havia entre os Hebreus normas de caráter jurídico religioso que tratavam das negociações com cidades sitiadas (se estas se rendessem, passariam a ser tributárias do referido povo, caso contrário, todos os homens deveriam ser executados e as mulheres e crianças deveriam ser divididas como botim de guerra). Havia regras também quanto às árvores frutíferas. As outras poderiam ser cortadas a fim de serem fabricados armamentos ou serem construídos acampamentos pelo povo Hebreu (BERMÚDEZ F., Renato de J. Op. cit., p. 34-37).

universo greco-romano as alusões jurídicas ao militarismo são mais organizadas, tendo em vista a priorização da tática, estratégia e das técnicas de combate³¹.

Assim, na Grécia se observa que os delitos militares cometidos pelos soldados subordinados que eram a princípio julgados pelo *Archonte*, juiz sacerdote, passaram a ser julgados pelos *Strateges* e, posteriormente, passaram a ser instruídos pelos Taxiarcos que apresentavam aos cidadãos da Attica, a imensa massa da população das Cidades dividida em diversas câmaras especializadas em determinados delitos, que os julgavam³².

Em contrapartida, na Grécia, os Comandantes eram julgados pelos seus próprios comandados, que se confundiam com a própria população das Cidades, em grandes e apaixonados Comícios que, segundo Chrysolito de Gusmão, constituíam-se verdadeiros tribunais improvisados “*que não era determinado por lei ou hábito algum, mas, unicamente, pelas paixões conturbadas e avassaladoras, que se transformavam no metro para aferição da jurisdição e intensidade da pena*”³³.

Ressalta-se, ainda, a título de curiosidade, que havia em Esparta isenção tributária geral para os pais de família que tivessem quatro filhos homens, a fim de formar um grande contingente para o exército, e o fato de que o furto não era punido entre os soldados durante as manobras militares, o que tinha como objetivo fazer com que os soldados estivessem sempre atentos e jamais dormissem em seus postos ou descansassem ao vigiar o acampamento³⁴.

³¹ PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 56.

³² GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typo Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 5.

³³ *Idem*.

³⁴ PALMA, Rodrigo Freitas. *Op. cit.*, p. 67. Ressalte-se que, embora da fusão de culturas entre Esparta e Atenas tenha resultado a cultura helênica que influencia a humanidade até os dias de hoje, havia diferenças substanciais, inclusive no campo militar, entre as duas Cidades-Estado. Se Atenas, insular, cosmopolita, ligada ao mar e às belas artes concedeu ao mundo a filosofia. Esparta, agrária, fechada, trouxe os primeiros traços do que seria uma sociedade castrense. Os rapazes espartanos das classes superiores, a partir dos sete anos, viviam separados da cidade, recebendo preparação para a vida militar, até os 20 (vinte) anos. Dos vinte aos 30 anos, viviam aquartelados em corporações baseadas na obtenção de comida coletiva, a *Syssitia*. Dos 30 aos 60 anos, viviam do pagamento que o Estado lhes conferia em decorrências dos serviços militares prestados. Quem exercia o comando e a jurisdição militar era o Rei, assessorado por um conselho que o advertia quanto à disciplina, mas que não o vinculava em suas decisões nas quais se podia aplicar penas que iam da destituição até a pena de morte. Enquanto isso, em Atenas, o serviço militar só a partir de certo tempo passa a ser obrigatório e, mesmo assim, os exércitos não eram permanentes, sendo mobilizados somente para os momentos necessários. A jurisdição castrense, que inicialmente era exercida pelo Rei, passou a um dos *Arcontes* que se apoiava na opinião de mais que dez *strategos*. Ressalte-se que se atribui a Platão uma afirmação no sentido de que era necessária a jurisdição militar e que os militares da infantaria deveriam ser julgados por infantes e os de cavalaria por cavaleiros, seguindo a máxima de que se deve ser julgado pelos seus pares. Como contribuição para o combate, a falange grega, infantaria pesada, será um diferencial que depois passará a ser utilizado, também pelo Exército Romano (BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 25-34).

Em Roma, a relação entre o Direito e o seu Exército é de simbiose. Se é verdade que o Exército Romano, com suas vitórias em suas batalhas, propiciou que o Direito Romano fosse espalhado pelo mundo, influenciando os povos conquistados e traçando os fundamentos do que se conhece hoje por direito, também é verdade que o Direito Romano, ou seja, a estrita obediência às disposições de direito destinadas aos militares, possibilitaram a conquista do mundo antigo³⁵.

A disciplina do Exército Romano era tão desenvolvida e a apreciação jurídica das questões militares era tão evoluída que, a título de exemplo, já se construía conceitos como os de crime propriamente militar, crime impropriamente militar e crime comum³⁶.

Chrysolito de Gusmão, com fundamento na *Cidade Antiga*, de Foustel de Coulanges, e na *L'Idéa Democratique et la Discipline Militaire* de Pavlovitch, aponta como um dos fatores preponderantes para a eficiência militar romana o fato de se transportar ao seu exército a mesma divisão social da cidade³⁷.

Com efeito, segundo o referido autor, a “*cidade como que se transplantava em um só bloco, una e integralmente, para o campo de batalha*”³⁸.

Já, na realeza, observa-se a preocupação com as questões militares tendo em vista que dois entre os três principais cargos forjados para o auxílio do rei, no que tange às funções políticas, eram militares: o *tribunus celerum* (comandante da cavalaria) e o *tribuno militum* (comandante da infantaria)³⁹.

Se, a princípio, a subdivisão social da cidade em cúrias, tribos e famílias se manifestava também na composição do exército romano, exercendo os *pater-familias*, os

³⁵ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 9.

³⁶ Luiz Frederico Sáuerbronn Cárpenter esclarece que a consagrada classificação encontra-se no digesto: “(...) Ora, tudo isso já estava claramente distinguido no Digesto, livr. 49, tit. 16 (*de re militari*), onde se lê, no fragmento 2: “*militum delicta sive admissa, aut propria sunt, aut cum caeteris communia. Unde est persecutio aut propria, aut communis est. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit*” ou “os delictos ou os crimes dos soldados lhes são ou peculiares ou comuns com os outros indivíduos; segue-se daí que a punição lhes é peculiar ou comum. O delicto propriamente militar é aquele que um homem cometeu como soldado” (Ibidem, p. 11).

³⁷ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 4-5. Com efeito, a própria origem da palavra latina *populus* deriva do etrusco *puple*, cujo significado é “jovens guerreiros” (Cf. PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 74).

³⁸ GUSMÃO, Chrysolito. Op. cit. p. 5.

³⁹ José Carlos Moreira Alves explicita que eram auxiliares do rei, nas funções políticas: “1º - O *tribunus celerum* (comandante da cavalaria); 2º O *tribunus militum* (comandante da infantaria); e 3º O *praefectus urbis* (encarregado da custódia da cidade, durante a ausência do rei); b) nas funções judiciárias: 1º Os *duoviri perduellionis* (juizes nos casos de crime de traição ao Estado); e 2º os *quaestores parricidii* (juizes nas hipóteses de assassinio voluntário de um pater, isto é, do chefe de uma família; e c) nas funções religiosas: os membros do colégio dos pontífices, dos áugures e dos feciais” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8, v. 1).

chefes de cúria e os tribunos a chefia hierárquica transportada para o campo de batalha, a estrutura social da cidade sofrerá reforma com o tempo, havendo sempre reflexo no exército⁴⁰.

Renato de J. Bermudez é categórico ao afirmar a estrita ligação, sobretudo na República, entre o fato de ser soldado e a sua relação com os direitos políticos colocando-se a obrigação com relação às armas no mesmo pé quanto ao dever de sufrágio. Além disso, o indivíduo que perdesse sua cidadania, dentre suas *capitis diminucius* teria também a da milícia e havia preocupações de ordens de direito civil com os militares, como os testamentos de guerra. Nos períodos da República e do Império, passa a ser requisito para ser magistrado, haver prestado o serviço militar obrigatório⁴¹.

Além disso, somente eram contados no censo os cidadãos que haviam prestado o serviço militar obrigatório, que passou a ser instrumento fundamental de difusão da cultura romana nas províncias durante o Império⁴².

Rodrigo Freitas Palma afirma que Tarquinio, O Antigo, foi o primeiro rei a tentar romper com a divisão do Exército Romano em castas, permitindo o ingresso dos plebeus na tropa, por uma razão prática: o fato de o número de patrícios e clientes que lutavam nas legiões ter se reduzido em demasiado durante as guerras de conquista⁴³.

Posteriormente, passou-se a uma subdivisão hierárquica mais condizente com a realidade social então existente, em que o diferencial era a fortuna dos indivíduos. Servius Tullius realizou importante reforma em que dividia as legiões romanas em centúrias, de acordo com a capacidade econômica dos cidadãos romanos, ficando excluídos do exército apenas os que nenhuma riqueza tinham, o que, de certa forma, exprimia a divisão social da Cidade Eterna em patrícios, clientes e plebeus, mas possibilitava a esses últimos ascensão social e econômica, proveniente dos despojos de guerra, caso tivessem posses suficientes para comprarem a armadura (panóplia) de bronze dos hoplitas⁴⁴. Às classes mais ricas, entretanto,

⁴⁰ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915.

⁴¹ BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 37-40.

⁴² GONZÁLES ROMÁN, Cristóbal. Ejército e integración ciudadana durante la República tardía. In PALAO VICENTE, Juan José (Ed.). *Militares y civiles en la antigua Roma: dos mundos diferentes, dos mundos unidos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, p. 34.

⁴³ PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 70.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 67. Além dos despojos de guerra e a possibilidade de ascensão econômica e social, apesar de ser bastante árdua, a vida do militar romano era bastante atraente e convidativa pois havia recompensas aos vitoriosos nos campos de batalha denominadas elogios (*laudes*); condecorações (*phalerae*); braceletes (*armillae*); coroas (*coronae*) e o triunfo (*trunfo*). Dentre essas honorarias, o triunfo era a maior honraria que um general vitorioso podia obter, consistia em um desfile em que este, vestido da túnica de Júpiter Capitolino, uma coroa de louros em sua cabeça e munido de um cetro de marfim, adentra a cidade em um carro puxado por quatro cavalos brancos e acompanhado por suas legiões que trazem prisioneiros de guerra consigo e, diante da população em festa, executam os prisioneiros. Posteriormente, passam pelo fórum e se dirige ao templo de

cabiam os maiores encargos e os mais honrosos deveres e eram entregues a cavalaria e a infantaria pesada⁴⁵.

Júpiter, onde depõe sua coroa e assiste o sacerdote sacrificar um touro branco (p. 86-87). Além dessas honrarias em vida, eram proporcionados aos soldados romanos enterros dignos em decorrência de depósitos que estes mesmos faziam nos “cofres” de suas unidades (p. 88). Por outro lado, durante boa parte do principado (27 a. c. – 284 d.c.), foram proibidos de casar-se, o que era burlado pelo fato de que a maioria convivía maritalmente com uma escrava que, entretanto, gerava-lhe filhos escravos (p. 89). Além disso, não podiam se dedicar a agricultura ou pecuária, nem participar de cargos civis enquanto estivessem na ativa (p. 95).

⁴⁵ GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typho Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 6. Rodrigo Freitas Palma adverte que Tarquinio, O Antigo, foi o primeiro rei a romper com a divisão do Exército Romano em castas, permitindo o ingresso dos plebeus na tropa, por uma razão prática, o fato de que o número de patrícios e clientes que lutavam nas legiões ter se reduzido em demasiado durante as guerras de conquista. (PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 70). Renato de J. Bermúdez F. faz interessante recorte de como passou a se estruturar o exército romano a partir do momento em que, através de reformas passou a ser profissional que, pela riqueza de detalhes é importante transcrever: “(...) *Al poseer ya soldados profesionales, se propició una reorganización interna en las grandes unidades de la milicia romana; entre otras acciones, primeiramente, se modifico la composición de la infantería, constituyéndose ésta com dos grandes grupos, la tradicional de línea, denominada en diferentes ocasiones, aun cuando en forma errónea como la falange (que debemos recordar era la infantería griega) y la ligera, compuesta por los vélite. Esta división se estableció, basicamente, atendendo tanto al armamento utilizado como a la forma de efectuar sus maniobras. Por outra parte, en un segundo término, se modifico también la composición de la caballería, que dejó de ser el arma de los ricos, incorporando a la misma a individuos del Pueblo, y posteriormente, también a los soldados germanos. Fue así como quedó organizada de manera definitiva la renombrada legión romana, misma que habría de pasar a la posteridade, principalmente por sus acciones en el combate y por su férrea y tradicional disciplina. Sobre este punto debemos recordar algunas de las acciones verificadas por la famosa Séptima Legión durante la Guerra de las Galias, cuyos elementos habrían de vencer mil y una penalidades para lograr la victoria definitiva sobre los ejércitos francos; como fue el hecho de vadear ríos fabricando para tal fin sus propias embarcaciones ; efectuar largas jornadas nocturnas; transportar personalmente casi toda su impedimenta (bagajes); librar extensas regiones pantanosas; remover hasta seis pies de nieve espesa y, realizadas todas estas operaciones, de inmediato enfrentar-se en mas de una ocasión a las fuerzas enemigas, que por lo general eran superiores en número. La legión se constituía con fuerzas de infantería, caballería y servicios; la infantería (el dato está referido a España en el siglo XIX y allí esta unidad se componía de 600 hombres, en tanto que para nosotros la misma era de 300 individuos); cada cohorte se dividia en tres manípulos o companhias, de 200 hombres cada unidad, y la caballería – los équites – integraba un grupo de 300 individuos, que se dividía en diez trumas de 30 hombres cada una; y por último, cada legión contaba con un grupo de servicios para actuar como apoyo logístico, eran los fabri o fabrilii, misma que estaba constituída por una companhia de operários, análogos a los soldados de ingenieros y artillería, denominados tignarii y aerarii; quienes a decir de Saucedo López se encargaban de la fabricación o requerir, como flechas, arcos, lanzas, espadas, yelmos y demás artefactos útiles para la defensa y el ataque. Además, la legión iba acompañada de un grupo de músicos que estaban dotados com instrumentos de viento, cornetas y fanfarrias, eran los cornacines y los tubacines. Com respecto al número de individuos que integraban la legión romana existen diferentes datos sobre él, y así tenemos el dato de que estaba constituída com aproximadamente 6000 elementos (exatamente serían 6400 hombres); otros autores difieren de esse número y señalan que eran 5400 los elementos de la legión; y otros más, entre ellos Saucedo López, afirman que originalmente esta unidad se constituyó com 3000 infantes y 300 individuos a caballo. Empero, en lo que todos los autores consultados coinciden es en el dato de que dicha unidad de combate se constituía com individuos de infantería, los pedites, la caballería, los équites, y los servicios, los fabrilii, compuestos estos últimos por ingenieros, músicos y operários. Varias Legiones constituían una gran unidade denominada ejército, que se encontraba al mando de un general, el dux (recuérdese la designación de duce a favor de Benito Mussolini), quien era el comandante en jefe, que tenía bajo sus órdenes a los legados, los encargados de una legión, y estos a su vez ejercían autoridade sobre los tribunos militares, que tenían el mando directo sobre la unidad castrense, tanto en lo administrativo como en lo estrictamente militar; siendo estos, seis (tribunos) por legión. Seguían en rango los centuriones, los cuales tenían bajo su mando una centúria, y después de ellos los decuriones, que tenían a su cargo los manípulos. De entre estos mandos militares sobresale, en el aspecto estrictamente jurídico castrense, el tribuno militari, quien en algún momento se encontró investido de la potestade de juzgar y sancionar penalmente a los elementos que le estaban directamente subordinados, los legionários. Los tribunos, posteriormente, fueron sustituidos en sus funciones jurisdiccionales por el praefecti sociorum y, en tiempos del emperador Constantino, por el magister militium (maestro de los*

De outro lado, a mesma religiosidade que marcava de forma significativa a existência da cidade de Roma, impregnava a disciplina militar romana, uma vez se que era natural que se a técnica da falange ou da legião era a mesma da cidade, seria lógico que o culto da cidade também acompanhasse a disciplina militar⁴⁶.

Nesse sentido, Fustel de Coulanges assevera que:

Nenhuma trégua para com o inimigo. A guerra é implacável e a religião preside à luta e excita os combatentes. Não pode haver aí nenhuma regra superior que tempere o desejo de matar. Permite-se degolar os prisioneiros, eliminar os feridos. Mesmo fora do campo de batalha não se tem ideia de dever, seja qual for, diante dos inimigos. O estrangeiro não tem direito algum, e, com mais forte razão, não o terá quando se lhe faz a guerra⁴⁷.

Salienta Rodrigo Freitas Palma, entretanto, que a disciplina romana se restringia aos aspectos atinentes à relação dos militares para com o seu próprio exército e Roma. No que diz respeito aos inimigos, muito embora não costumassem interferir na religião local, pois a primeira ideia da instituição da *pax* romana era criar meios para posteriormente exigir pesada tributação, e por isso, muitas vezes, até respeitassem algumas lideranças locais, muitas vezes, para atingir seus objetivos, utilizavam-se da rapina, incendiavam aldeias e cometiam violências de todos os gêneros contra homens, mulheres e crianças⁴⁸.

Notícia João Vieira de Araújo que a disciplina do Exército Romano decaiu quando sobreveio o Império, sendo que inexistiu sob o governo de Scyla, houve uma tentativa de recuperação no período de Augusto, enfraquecendo-se demasiadamente sob a autoridade de

militares, el mejor militar, el militar mejor capacitado), quien finalmente resultó ser el comandante en jefe de las grandes unidades bizantinas” (BERMÚDEZ F., Renato de J. Historia del Derecho Militar. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, p. 42-44).

⁴⁶ Cf. GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typho Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 13. O referido autor é bastante enfático em uma série de situações em que a expressão religiosa da cultura romana era bastante evidente no desenvolvimento de sua arte militar, nessa narrativa, de se destacar o seguinte excerto: “Assim é que, quer para declarar guerra, como para se suspender, mister se fazia a consulta preliminar aos deuses; unicamente sob os auspícios dos deuses da cidade é que se praticavam os atos mais importantes na legião ou na falange. Podia se apresentar a mais tremenda batalha, a mais sanguinolenta carnificina podia cair sobre a legião ou a falange em peso, que estoicamente permaneciam elas imóveis, se, acaso, lhes eram desfavoráveis os auspícios dos deuses consultados pelos chefes da tropa; pouco lhes importava que fossem extraordinariamente favoráveis as condições materiais ambientes, que se tratasse d’um inimigo fraco e cuja vitória seria fácil empresa; tudo nenhuma importância tinha se o auspício, após sacrificar as vítimas, encontrava sinais desfavoráveis” (p. 9). No mesmo sentido, Fustel de Coulanges é categórico em afirmar: “A guerra ou a paz entre duas urbes era a guerra ou a paz entre duas religiões. O direito das gentes dos antigos foi por muito tempo baseado nesse princípio. Quando os deuses eram inimigos havia guerra sem quartel e sem regra; desde que fossem amigos, os homens estavam ligados entre si e tinham um sentimento de deveres recíprocos” (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 276).

⁴⁷ COULANGES, Fustel de. Op. cit., p. 270.

⁴⁸ PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 76.

Tibério, decrescendo até Constantino, até ao final, desaparecer por completo nos últimos dias do Império⁴⁹.

Dado relevante é que, na medida em que se profissionalizavam as legiões passaram cada vez mais a se tornar exércitos privados que além de jurarem fidelidade à Cidade prestavam juramento a determinado chefe militar rico o bastante para manter um exército⁵⁰.

Como exemplo de tal circunstância, pode-se citar a constante movimentação de Pompeu e de Júlio Cesar no sentido de auferir fundos, utilizando-se inclusive de empréstimos, retratada no Clássico do próprio Caio Júlio Cesar, *BELLVM CIVILE*, que versa sobre as guerras, entre os dois generais a fim de fazer valer a sua *dignitas*, que demarcaram o fim da realeza e o início do Império⁵¹.

No que tange ao Direito Militar Romano, os romanos o procuraram sistematizar, inclusive utilizando uma terminologia bastante peculiar: *De res militari*. São identificadas principalmente quatro fontes: a *sententiae Pauli* (5.31 *De poenis militum*); o Livro VII do Código Teodosiano (*Codex Theodosianus*); o Digesto (*Corpus Iuris Civilis*); as obras de Vegetius (*Epitome rei militaris*) e Rufus (*Ex Rufus Leges Militaris*)⁵², sendo vasto o conteúdo de disposições. Ocorre, entretanto, que é impossível constatar e determinar os inúmeros aspectos de cada tipo de organização militar e a forma como esse direito era aplicado no decorrer da história romana⁵³.

Rodrigo Freitas Palma salienta que até a era Imperial o Direito Penal Romano era pouco desenvolvido, da mesma forma que o dos outros povos da Antiguidade, utilizando-se os ofendidos da represália e da vingança, a fim de se obter a *compositio*⁵⁴. A lei das XII tábuas, estabelecida entre os anos de 454 e 450 A.C., previa apenas três delitos públicos: o *parricidium* (homicídio de um *pater familias*), o *perduellio* (traição) e o incêndio⁵⁵. Nos delitos privados aplicava-se, a princípio, a vingança do ofendido que, após era transformada em *compositio*, e eram hipóteses reduzidas como o *furtum* (furto), a *rapina* (roubo), o *dannum iniuria datum* (dano), e a *iniuria* (injúria)⁵⁶.

⁴⁹ VIEIRA DE ARAUJO, João. *Direito Penal do Exército e da Armada*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores, 1898, p. 2.

⁵⁰ GONZÁLES ROMÁN, Cristóbal. Ejército e integración ciudadana durante la República tardía. In PALAO VICENTE, Juan José (Ed.). *Militares y civiles en la antigua Roma: dos mundos diferentes, dos mundos unidos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, p. 34.

⁵¹ JULIO CESAR, Caio. *A guerra civil*. Tradução de Antonio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. ccc

⁵² PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 81.

⁵³ Ibidem, p. 80.

⁵⁴ Ibidem, p. 82.

⁵⁵ MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

⁵⁶ Ibidem, p. 137.

Por volta do ano 390 a.c., foi escrita por Vegetius a obra *Epitome Rei Militaris*, tratando do processo de seleção dos militares que, na sua visão, a princípio, deviam ser homens altos e fortes, saber nadar e recebiam uma marca de ferro quente na palma das mãos, quando do seu recrutamento na puberdade⁵⁷. Quanto ao recrutamento de soldados romanos, é dado curioso que o fato de um indivíduo haver nascido apenas com um testículo não o impedia de ser soldado, pois dois generais famosos da história de Roma – Sila e Cotta – teriam enfrentado o mesmo dilema⁵⁸. Por outro lado, no mesmo Digesto havia a previsão de que não podiam ser admitidos no seio das legiões homens condenados por adultério ou em algum juízo público⁵⁹.

Rodrigo Freitas Palma afirma que seria possível cogitar em certa autonomia do Direito Militar Romano, sobretudo em razão de haver uma jurisdição especial própria aos militares e separada do Direito comum, e que tal direito começou a ser elaborado a partir do primeiro século da era cristã, ganhando certa primazia no período do Imperador Adriano, vindo a consolidar-se no século III, com escritores como Tarruntenus, Paternus, Arrius Menander, Aemilius Papinianus, Julio Paulus, Domitius Ulpianus, Aelio Marcianus, Aemilius Macer e Herennius Modestinus⁶⁰.

Teodoro Mommsen explicita que no Reinado a jurisdição e punição pelos crimes comuns e militares eram exercidas pelo rei (*rex*), indistintamente, quer em tempo de guerra quer em tempo de paz, de forma arbitrária e sem procedimentos fixos⁶¹. Com o desenvolvimento político de Roma e a divisão de poder com os magistrados, a jurisdição penal dos cidadãos romanos em tempo de paz passou a ser submetida a eles dentro da cidade⁶². Em período de guerra, era o chefe militar que a exercia, sendo importante esclarecer que “o estado de guerra era um estado permanente, de direito, fora do recinto da cidade, ainda quando de fato não houvesse tal guerra”⁶³. Estavam submetidos a essa jurisdição militar, a

⁵⁷ PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 82.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ PALMA, Rodrigo Freitas. *Op. cit.*, p. 90.

⁶¹ MOMMSEM, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, 1991, p. 18.

⁶² *Ibidem*, p. 19.

⁶³ *Ibidem*, p. 20, tradução livre. Havia intrínseca relação entre magistratura e poder militar. Renato de J. Bermudez F., parafraseando Mommsen, afirma que a magistratura que, a princípio estava nas mãos do rei e foi sendo descentralizada a favor de outras autoridades estava fundada nos poderes da *jurisdictio* e do *imperium*, correspondendo, assim, à administração da justiça e do mando do exército, sendo que o Poder Militar remanesceu como mais exclusivo da magistratura suprema (BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 45).

princípio, aqueles que serviam ao exército romano, o que, em realidade significava todo mundo, pois não havia distinção de pessoas, nesse caso⁶⁴.

Cabe aqui lembrar que as fontes romanas sobre direito militar não datam da mesma época, havendo, sobretudo no que diz respeito à aplicação dos critérios *rationi loci, materiae* e *personae*, hoje utilizados para conceituar o crime militar cerca de 300 anos de lapso temporal. Assim, se num primeiro momento não se observa nenhuma diferenciação entre o direito aplicado aos civis e aos militares, a partir do momento em que as legiões passam a ter funções mais diferenciadas dos cidadãos, em geral, é necessária a construção de critérios para a definição do crime militar, que vão variar em cada momento da história de Roma, sendo impreciso o entendimento de que, em Roma, ou se aplicava um critério ou outro⁶⁵.

Mommsem assevera que a jurisdição militar se estendia a toda Itália e às províncias romanas e exercia importante papel de manutenção da segurança pública, punindo condutas contrárias à ordem superior de cada uma dessas comunidades como delitos coletivos e de multidões, o bandoleirismo, o envenenamento, etc, sendo esse direito de guerra uma das bases essenciais, quando não exclusiva, de toda a administração das províncias⁶⁶.

Os fatos puníveis, segundo esse direito da Guerra, eram, em parte, os mesmos delitos contra o Estado, a deserção, a sedição, a desobediência contra as ordens dos magistrados (que não era compreendida entre os delitos no Direito Romano aplicado dentro da Cidade de Roma), a cobardia, o abandono de posto, os delitos sexuais, o furto, sendo que a todos esses eram aplicados a pena de morte⁶⁷.

Como penas para esse Direito Militar eram estabelecidas a pena de morte⁶⁸, a pena corporal (ou flagelação), a prisão (como forma de punição disciplinar), a agravação do serviço via degredo ou sua postergação⁶⁹. Não se recorria, entretanto, ao confisco dos bens dos

⁶⁴ BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 45.

⁶⁵ GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typo Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 7 e 8.

⁶⁶ MOMMSEM, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, 1991, p. 20. Importante ressaltar a ênfase de Renato de J. Bermudez F. em afirmar que se exercia a jurisdição militar sobre pessoas totalmente alheias à milícia como os 'homens vulgares', considerados aqueles que não eram cidadãos e não pertenciam ao exército, assim como a criminosos comuns que praticavam condutas contrárias ao Estado (BERMÚDEZ F., Renato de J. Op. cit., p. 45).

⁶⁷ MOMMSEM, Teodoro. Op. cit., p. 21. Ressalta Mommsem que a desobediência não era considerada crime dentro da cidade de Roma e que aos crimes sexuais e ao furto era aplicada a *compositio*. Rodrigo Freitas Palma, com base em Pat Southern, explicita outra lista de crimes militares a saber a incitação à violência, a violência a um oficial, a deserção, o abandono dos baluartes, fingir-se doente para evitar a luta, a traição e repassar informações ao inimigo. (PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 91).

⁶⁸ A pena de morte era, na maioria das vezes executada por enforcamento, entretanto, há registro de condenação à morte na qual o militar era entregue às feras para ter seu corpo despedaçado (Ibidem, p. 100).

⁶⁹ MOMMSEM, Teodoro. Op. cit., p. 22.

militares⁷⁰. Observa-se, dessa forma, que as condutas colocadas sob a jurisdição de guerra eram consideradas pelo povo romano bem mais graves, haja vista que, dentro da cidade e em tempos de paz, as penas em geral eram mais brandas⁷¹.

Não havia qualquer procedimento para o julgamento e aplicação da pena pelo chefe militar no direito de guerra, o que não ocorria, no direito civil. O chefe do exército podia impor a pena sem maiores de acordo com o seu bem entender e sem maiores formalidades, nem utilização de jurados. O que podia haver em alguns casos era o auxílio de um *consilium* nos casos mais importantes. Os casos mais simples eram delegados aos tribunos das legiões e, em geral, aos demais oficiais do exército⁷².

A princípio à jurisdição do chefe militar, que era bem delimitada pelas muralhas da cidade de Roma, era também estendida a matéria cível. Entretanto, a partir do momento em que foram instituídos tribunais fora de Roma, essa matéria passou a ser submetida aos magistrados desses tribunais, exceto a matéria penal que subsistia sob a jurisdição militar⁷³.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que, a princípio, o critério *ratione materiae* era o aplicado, sendo tanto civis como militares submetidos à jurisdição militar, todavia, com o tempo e em razão de arbítrios, abusos e privilégios dos legionários, passou-se a aplicar o critério *ratione personae*, também nas províncias, ficando a jurisdição dos civis a cargo dos prefeitos e a jurisdição dos militares a cargo dos seus comandantes⁷⁴.

⁷⁰ MOMMSEM, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, 1991, p. 22.

⁷¹ Rodrigo Freitas Palma salienta que, mesmo diante do grande lapso temporal entre as fontes do direito romano, ao menos quanto ao crime de deserção, havia uma diferenciação entre a intensidade da pena em tempo de paz e em tempo de guerra, observada no Código Justiniano, especificamente no Digesto, Livro XLIX, Título XVI, 6, § 1: “*El que deserto en tempos de paz, si es de caballería há de ser despojado de su grado; y si es de à pié cambia de milícia; el mismo delit cometido en tempo de guerra há de ser castigado con pena capital*”. (PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 93). A medida em que a profissionalização dos exércitos de Roma ascendeu, admitindo-se, inclusive estrangeiros e mercenários em suas fileiras, a incidência do crime de deserção aumentou (BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 50).

⁷² MOMMSEM, Teodoro. Op. cit., p. 23.

⁷³ Idem.

⁷⁴ GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typo Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 9. Discorrendo sobre a eleição do critério *ratione personae* para definir o crime militar, Chrysolito de Gusmão assim se pronuncia:

“(…) Mas certamente, o que se não vê é que os imperadores pre-citados (Theodosiano, Valentiano e Graciano) são do século 12º de Roma, quando o exército romano havia se transformado no mais infame instrumento de política, quando as celebrizadas legiões romanas se voltavam mais para a fascinação e os desejos do mando faccioso do que para a guarda das fronteiras da cidade eterna. Nessa época as legiões faziam e desfaziam o poder político e, certo, que é de supor os grandes privilégios e regalias que tinham, necessariamente, e, pois, não é de estranhar que tivessem eles, então, uma jurisdição privilegiada, um fôro pessoal, com o qual nada tinha a ver a autoridade civil. Nas ações cíveis o militar devia receber a *vocatio in iuris* partida da autoridade civil com o que obtinha a necessária licença para poder ir à cidade devendo-se em juízo. Da mesma forma quando era ele autor em ação civil tinha que primeiramente, obter a licença para poder desempenhar-se do ritual das *leges actiones*. Só o militar podia responder por crime militar e daí o princípio da *ratione personae*. Assim, pois, vemos que nessa época se, inegavelmente, o princípio predominante era o da *ratione materiae*, este abraçava e subtendia, em sua própria compreensão os critérios da *ratione loci* e *ratione personae*, não como elementos, em

Por outro lado, no Direito Romano Clássico há registros de entendimentos dos juristas no sentido de que é a natureza do fato e não a qualidade do agente que devia definir a jurisdição, não podendo escapar aos juízes ordinários a persecução dos crimes comuns só pelo fato de haver sido cometido por um militar⁷⁵.

Entre os povos bárbaros que se estabeleceram na Europa diante do esfacelamento do Império Romano apenas os francos tinham na disciplina um valor a ser respeitado⁷⁶.

Durante a Idade Média, principalmente em razão de não mais existirem exércitos permanentes e de, principalmente em matéria penal e militar, haver a modificação de preceitos ao gosto do monarca, como forma de mostrar sua soberania, toda a construção romana sobre o direito militar foi relegada ao esquecimento⁷⁷.

Os nobres, que lideravam os exércitos quando convocados pelo Imperador, não se submetiam à disciplina, pois, no dizer de João Vieira de Araújo, “*eram ciosos uns dos outros, e, ainda que ardentes para o combate, eram muito altivos e orgulhosos para se submeterem à disciplina*”⁷⁸.

Navas Córdoba adverte, entretanto, que isso não quer dizer que não houvesse produção de normas de conteúdo militar. O que se observou foi que na Alta Idade média, com o ocaso da civilização Romana, o que sobrou foi quase que exclusivamente a ideia de dever de prestar o serviço militar e, na Baixa Idade Média, as relações militares, muito embora comecem a surgir esparsamente regras de fundo militar em Cartas ou Foros dos Municípios que nasciam, foram substituídas por relações pessoais entre senhor e vassalo, e não havia jurisdição militar especial ficando essa a cargo dos juízes ordinários⁷⁹.

Digno de nota é que há, entretanto, no Fuero Jusgo todo um livro, o livro IX, dedicado à matéria militar e, há uma sistematização de normas, tanto no título II do Livro IX, como também no Livro VIII, que previam penas para aqueles que atentassem contra os interesses militares⁸⁰.

si, capazes de por si mesmo formarem um critério geral, mas, sim, capazes de por si mesmos formarem um critério geral, mas, sim, como elementos necessários à própria compreensão do critério *ratione materiae*”. (GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares: Estudo jurídico e de legislação comparada*. Rio de Janeiro: Typo Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914, p. 10).

⁷⁵ Ibidem, p. 10).

⁷⁶ cf. VIEIRA DE ARAUJO, João. *Direito Penal do Exército e da Armada*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores, 1898, p. 2

⁷⁷ Cf. CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 12-13.

⁷⁸ VIEIRA DE ARAUJO, João. Op. cit., p. 2.

⁷⁹ cf. NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. *Las competencias civiles de la jurisdicción Militar*. Madrid: Ministério de Defensa, 1997, p. 36

⁸⁰ cf. NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. Op. cit., p. 36. Renato de J. Bermúdez F. salienta ainda que, outras fontes de Direito Militar do período teriam sido as *Siete Partidas*, a Magna Carta (sobretudo em razão de prever

No que diz respeito, contudo, à jurisdição militar, essa era mantida no juízo ordinário, mas havia a possibilidade de o rei delegar aos comandantes a jurisdição militar durante a guerra a fim de conter a tropa no campo de batalha⁸¹.

O sonho de uma monarquia universal, de Annibal, de Augusto e de Carlos Magno não se realizou e a estruturação das monarquias absolutas, gênese do Estado moderno, impunha, cada vez mais, a utilização de exércitos uma vez que os países europeus nasciam fortes e constantemente se hostilizavam mutuamente⁸².

Necessário era restaurar a disciplina a fim de se manter soberano e, no mínimo, resguardar seus limites territoriais.

Ocorre que, diversamente da forma que surgiu o movimento codificador na Europa, sustentando vasta discussão jusfilosófica sobre as fontes existentes até então, os instrumentos normativos criados para reestabelecer a disciplina nos exércitos modernos ainda em formação foram criados ao sabor da vontade dos Soberanos de acordo com o bem entender de seus generais no que diz respeito à ciência militar de forma diversa em cada país e de acordo com as peculiaridades de cada povo.

Em cada Estado, de acordo com as suas peculiaridades, e de formas diversas foram surgindo atos normativos, a princípio exclusivamente para cada guerra em especial das quais esses participavam, a fim de disciplinar aquela específica mobilização, decretados este pelo chefe de Estado. Tais atos, denominados regulamentos, ordenanças, *acts* etc. em princípio eram coletâneas de regras desordenadas que continham regras de engajamento, prescrições de ordem administrativa, disciplinar, penal e processual penal e valiam enquanto o país estava em guerra e suas forças armadas estavam mobilizadas. Terminado o conflito, em princípio, tais prescrições perdiam a validade, pois os exércitos não eram permanentes⁸³.

o princípio de que os pares devem julgar seus próprios pares) e as Ordens de Cavalaria Organizadas, sobretudo em razão das Cruzadas. Destaque-se que o Rei era, entretanto, considerado apenas um primer inter pares, e por isso, o desprezo pela hierarquia e disciplina. Além disso, pelo fato de se proliferarem as guerras privadas, a Igreja passou a interferir no assunto, proibindo-as, surgindo a partir daí a doutrina da guerra justa (BERMÚDEZ F., Renato de J. *Historia del Derecho Militar*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015, p. 55/79).

⁸¹ Ibidem, p.37

⁸² CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 13-14.

⁸³ Sobre a gênese das primeiras codificações do direito militar moderno vide CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. Op. cit., p. 39-40. No mesmo sentido NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. *Las competencias civiles de la jurisdicción Militar*. Madrid: Ministério da Defesa, 1997, p. 40 que assevera que “(...) *Son Muchos los tratadistas y estudiosos del Derecho Militar que consideran que los primeros ordenamentos jurídicos-militares, se han de relacionar com la existencia de los Ejércitos de carácter permanente, ordenamentos que contenían, además de las normas de carácter permanente, ordenamentos que contenían, además de las normas de carácter orgânico, las penales y las procesales, consuencia de la organización estable de los cuerpos armados, que durante largos períodos permanecían en filas, lejos de su hábitat social cotidiano, estando sometidos a una estricta y rígida disciplina.*”

Nessa linha de raciocínio, esclarece Navas Córdoba que:

*A norma substantiva aplicável estava embaraçada com a formação dos Exércitos para específicas missões e campanhas, primeiro problema que se apresentava uma vez solucionado o de sua constituição, questão sobre a que girava primordialmente a maioria da legislação militar, a seguinte dificuldade a resolver era a de manutenção da disciplina; por isso, nessa época, as normas consistiam na tipificação de umas condutas para os períodos de guerra com severas penas; por outra parte, para que imperasse a imediatidade do seu cumprimento, deviam os chefes militares ter competências judiciais sobre suas tropas subordinadas. Para pleitos civis que houvessem de resolver entre suas tropas, deveriam de ater-se às normas de direito comum, pois nunca existiram normas específicas substantivas que tenham ido mais além que as concernentes à distribuição dos butins de guerra*⁸⁴.

A título de exemplo, basta recordar que os famosos *Artigos de Guerra* do Conde Lippe, eram a parte penal do Regulamento instituído por esse mesmo General quando contratado para organizar e liderar as tropas portuguesas contra a Espanha em 1763, como já mencionado⁸⁵.

Na mesma esteira, observa-se que, em Espanha, com a queda do Império Visigodo, primeiro nas *Siete Partidas*, no qual se reestabeleceu a jurisdição militar (caracterizada por ser simples e dura, tal como eram as táticas militares à época), e, após, no Código de Alfonso X o Sábio, que foi considerado o “puro manancial das Ordenanças Militares”⁸⁶.

Concomitante ao fortalecimento do Estado foi a observação de que necessária seria a manutenção da permanência das forças armadas em atividade regular e, por consequência, a necessidade da manutenção de uma legislação específica para tal fim⁸⁷.

Al comienzo, estos ordenamientos llamados Ordenanzas tenían un ‘caracter particular’, por su establecimiento para determinados Ejércitos o para concretas campañas y expediciones, promulgándose al inicio de la guerra, de ahí que también se las suela denominar ‘bandos’”.

⁸⁴ “La norma substantiva aplicable estaba engarzada com la formación de los ejércitos para específicas misiones y campañas, primer problema que se presentaba una vez solucionado el de su constitución, cuestión sobre la que giraba primordialmente la mayoría de la legislación militar, la siguiente dificultad a resolver era el mantenimiento de la disciplina; por ello, en esta época, las norma consistían en la tipificación de unas conductas para los períodos de guerra con unas severas penas; por otra parte, para que imperasse la inmediatez en su cumplimiento, debían los Jefes Militares tener capacidades judiciales sobre sus tropas subordinadas. Para los pleitos civiles que hubieran de resolver entre sus tropas, debieron de atenerse a las normas de derecho común, pues nunca han existido normas específicas substantivas que hallan ido más allá de las concernentes a la distribución de los botines de guerra”. (NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. *Las competencias civiles de la jurisdicción Militar*. Madrid: Ministério da Defesa, 1997, p. 40).

⁸⁵ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 13.

⁸⁶ cf. NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. Op. cit., p. 37.

⁸⁷ Tal realidade fica bem nítida na formação do direito militar inglês. A princípio era considerado ilegal o Rei manter seu exército em prontidão sem que obtivesse a autorização do parlamento. A autorização somente era dada nos casos de guerra, pelo prazo de um ano. Essa autorização era concomitante à Lei Marcial. Com a necessidade de manutenção permanente do Exército e da Armada inglesas o Parlamento inglês passou a publicar os *Annual army acts*, cujos objetivos principais seriam prover a disciplina das forças armadas pelo espaço de 12 meses, declarando em vigor o *army act* e o punha em discussão para, se necessário, ser emendado. O *Army act* nada mais eram que a consolidação das ordenanças de guerra (*ordinances of war*) que, após, foram denominadas

Assim, os primeiros códigos em matéria militar que passaram a existir, entre o início do século XVIII e início do século XX, eram consolidações da legislação em matéria militar existente e dispunham de normas de caráter penal, processual penal e de organização judiciária militar.

Entre o final do século XIX e o final do século XX aparecem as primeiras codificações em que há divisão da matéria penal militar, processual penal militar e de organização judiciária militar⁸⁸.

Já as legislações do século XX já são bastante influenciadas pelas codificações penais comuns, o que nos remete à discussão de se haveria necessidade de existir codificações penais e processuais penais diversas para tratar dos crimes militares. Conforme já tivemos oportunidade de ressaltar, no Brasil, no início do século XX, já se levantavam vozes contra os rigores da legislação militar e seus anacronismos e, até em sentido contrário à autonomia do Direito Penal Militar.

Ocorre, entretanto, que de forma diferente do que ocorreu no Direito Penal comum em que a análise dos fundamentos legitimadores do sistema sempre esteve presente a ponto de se poder traçar uma coerência entre as diversas verdades filosóficas de cada período da história e as escolas jurídico penais, a ponto de termos bem definidos em termos dogmáticos o pensamento clássico, positivista naturalista, positivista neo Kantiano, escola nazista, finalismo e funcionalismo, no que diz respeito ao sistema penal militar, não se observa essa mesma realidade.

As modificações legislativas que se observam na legislação penal comum, bem como a produção científica sobre a matéria penal militar sempre parece estar à parte, ou atrasada, tendo em vista o que ocorre no paradigma do “mundo” do Direito Penal comum⁸⁹.

artigos de guerra (*articles of war*). Nos idos de 1661, o Soberano Guilherme III, observando que em que pese vigessem o *annual army act* e o *army act* mesmo em tempo de paz, quando não era aplicada a lei marcial, para o pequeno exército permanente inglês, percebeu a necessidade de se criar uma legislação especial a fim de que as tropas não se amotinasse também em tempo de paz denominada *first munity act* (primeira lei contra os motins), promulgada pelo parlamento inglês em 1689. A princípio essa legislação servia apenas para os casos de guerra declarada ou se as tropas não tivessem por teatro o solo da Inglaterra. Somente em 1813, o Parlamento deu autorização ao rei para que pudesse baixar artigos de guerra em todas as hipóteses, isto é, em tempo de paz e de guerra, fora ou na Inglaterra, a esses artigos feitos pelo rei com autorização do parlamento se deu o nome de *statutory articles*. Da consolidação dos *mutiny acts* e *dos statutory articles* foi que surgiu o *army discipline and regulation act de 1879*, base das disposições normativas em matéria militar para as Forças Armadas Inglesas (cf. CARPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 18-23).

⁸⁸ A título de exemplo temos o Código Penal Militar Francês de 1848, o Código Penal para o Exército Prussiano de 1845, o Código Penal da Baviera de 1869, o Código Penal Militar de Wüttemberg de 1818, o Código Militar do Império Alemão de 1872 etc. (Ibidem, p. 14-44).

⁸⁹ Nesse sentido, Francisco Javier De León Villalba (*Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 14) é categórico ao afirmar que “*Este hecho que, en principio se sitúa en el plano de lo teórico, há acabado imprimiendo una de las esencias más características del Derecjhо penal militar: el Código Penal*

Dessa forma, um fenômeno que se observará no processo codificador do Direito Militar é que esse ocorrerá com certo atraso em relação às outras matérias jurídicas o que, segundo Salvador Calderón Madrigal, decorreria de dois fatores, o primeiro histórico, por conta das involuções absolutistas do século XIX e a conhecida “década Ominosa”, marcada pelas revoluções liberais na Europa, e a segunda pela evidente dificuldade de conciliar os novos princípios jurídicos liberais com a natureza disciplinaria e exemplificadora do Direito Penal Militar⁹⁰.

1.1.1. Histórico do Direito Penal Militar no Brasil

Não se pode desvincular a ideia de início da aplicação do Direito Penal Militar no Brasil da chegada de Dom João VI às terras brasileiras e a consequente elevação da então colônia a Reino Unido a Portugal e Algarves, em 1808⁹¹.

Com efeito, uma das primeiras medidas do Príncipe Regente ao instalar a Corte no Brasil foi, no dia 1º de abril daquele ano, criar o Conselho Supremo Militar e de Justiça, cujo presidente era o Imperador⁹², uma vez que a Armada necessitava que os casos de indisciplina, crimes e outros assuntos da administração militar tivessem melhor solução.

Entretanto, a aplicação da legislação militar no Brasil é bem anterior.

1.1.1.1. Os Artigos de Guerra de Conde Lippe e o Direito Militar no Brasil Colônia e Imperial

No período colonial, a legislação relativa aos crimes militares e outras faltas, bem como aos órgãos de justiça e aplicação de penas, achava-se disposta em alvarás, ordens e decretos, não havendo qualquer organização. Não havia uma consolidação ou código referente à matéria até 1777. As transgressões disciplinares e os crimes menos graves eram julgados por

Militar es un cuerpo normativo para militares hecho por militares, asumiendo, con ello, toda la carga subjetiva que esta circunstancia confiere a la norma, configurando el Derecho Penal Militar como un mundo cerrado asentado en valores propios considerados privativos (la idea de la sociedad militar perfecta) e impermeable en gran medida, en lo que en este estudio nos afecta, a los progresos de la Ciencia jurídico penal de las últimas décadas”.

⁹⁰ MADRIGAL, Salvador Calderón. Las garantías materiales en el derecho sancionador militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 39.

⁹¹ Cf. ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012, p. 15.

⁹² Tal situação persistiu até 1893, quando pelo Decreto Legislativo nº 149, de 18 de julho daquele ano, a Presidência do Conselho passou a ser exercida pelo mais antigo Conselheiro (cf. ROSA FILHO, Cherubim. Op. cit., p. 16). Ou seja, até a referida data presidiram o Conselho Supremo Militar e de Justiça o Príncipe Regente Dom João VI, os Imperadores D. Pedro I e II e os Presidentes da República Marechal Floriano Peixoto e Marechal Hermes da Fonseca.

um conselho de disciplina e a apuração dos crimes mais graves e instrução do processo cabia a um Conselho de Investigação e o julgamento se fazia por um Conselho de Guerra, do qual fazia parte um Auditor (juiz de direito ou oficial designado). Das decisões desses conselhos, em determinados casos, eram previstos recurso ao Conselho de Justiça sediado em Lisboa.

Tal situação era um reflexo do pouco interesse quanto à matéria do Direito Militar tendo em vista que, durante a Idade Média, embora a Europa tenha sido vítima de uma enormidade de conflitos armados, não era comum a existência de exércitos permanentes e, muito embora tenha havido, da parte de Carlos Magno, a iniciativa de reerguer a disciplina em seus Exércitos, pela altivez e orgulho dos senhores feudais que os compunham, não logrou êxito⁹³.

Com efeito, a disciplina - que nada mais significa que a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam as instituições militares - que outrora havia sido bastante cultuada pelo exército Romano, manteve-se praticamente esquecida até os princípios da formação do Estado. A necessidade de manter tropas permanentes passou a exigir, primeiro na formação do Estado Absolutista e, depois, na conformação do Estado Moderno, que se procurassem meios cada vez mais eficientes de restabelecê-la⁹⁴.

Nesse diapasão, o Marquês de Pombal, representante português do “Despotismo Esclarecido” impôs, em 1763, uma verdadeira reforma ao Direito Militar português, cujas consequências viriam a ser sentidas, também, no Direito Militar brasileiro. A fim de reorganizar as Forças Armadas Portuguesas, o referido Marquês sugeriu a contratação do General alemão Frederico Guilherme de Schaumbourg-Lippe que, dentre as suas políticas de reestruturação das Armas portuguesas fez viger os rigorosos e draconianos *Artigos de Guerra do Conde Lippe*, em 18 de fevereiro de 1763⁹⁵.

Esclarece H. Canabarro Reichardt⁹⁶ que os denominados “Artigos de Guerra” nada mais seriam que a parte processual e penal do “Regulamento para o Exército e Disciplina dos Regimentos de Infantaria dos Exércitos de S. Magestade Fidelíssima”, composto de 27

⁹³ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 13. No mesmo sentido CÓRDOBA, Juan Antonio Navas. *Las competencias civiles de la jurisdicción militar*. Madrid: Ministério de Defesa, 1997, p. 36.

⁹⁴ CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. Op. cit., p. 8-40.

⁹⁵ Cf. ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012, p. 15.

⁹⁶ REICHARDT, H. Canabarro. Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 11, 1947.

capítulos, em que se reunia toda a legislação militar contendo as matérias disciplinar, penal, processual e judiciária⁹⁷.

A referida legislação, caracterizada pela severidade extrema⁹⁸, foi elaborada para ser colocada em prática em 1962 contra os espanhóis e teve seus princípios consagrados como vantajosos no que diz respeito à instrução e disciplina das Forças Portuguesas, justamente em razão de sua vitória⁹⁹.

Em que pese haja um senso comum no sentido de que as penas da referida legislação fossem cruéis e o processo não oferecesse qualquer segurança jurídica, H. Canabarro Reichardt afirma, citando Esmeraldino Bandeira, que a referida legislação veio melhorar a

⁹⁷ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 11, 1947, p. 11.

⁹⁸ De forma sucinta H. Canabarro Reichardt explicita de forma concreta as razões pelas quais os Artigos de Guerra eram considerados tão rigorosos:

“O que caracteriza os ‘Artigos de Guerra’ é sua severidade extrema. Raros são os crimes militares cuja pena máxima não seja a morte. Da pena capital, variam os seus gêneros, que eram em grande número: O arcabuzamento para os que se opuser à mão armada às ordens dos seus superiores. Simplesmente a pena de morte para o que desamparar o seu posto sem ordem, quando atacado pelo inimigo, salvo quando este é superior em número, caso em que ainda deverá defender-se em conselho de guerra. A fuga ou o medo em combate, eram punidos com a morte. Soldado que ferir o seu camarada a traição ou o matar, será condenado ao carrinho perpetuamente ou castigado com a pena de morte. O desertor ou o que tiver informação de uma deserção, em tempo de guerra, será enforcado. O que falar mal de seu superior, será castigado aos trabalhos de fortificação, ‘mas se aquela murmuração não for procedida somente de uma soltura de língua, mas encaminhada à rebelião, será punido de morte como cabeça de motim’. O furto, a extorsão, se forem em armas e munições, fará incorrer o seu autor, conforme as circunstâncias, em pena capital. Havia os castigos corporais com pancada de espada de prancha e o carrinho, assim chamada a argola e a cadeia de ferro à qual se prendia o soldado. A embriaguez, era uma agravante. ‘Si qualquer soldado cometer algum crime estando bêbado, de nenhum modo o escusará do castigo a bebedice; antes pelo contrário, será punido dobradamente, conforme as circunstâncias do caso’. A ocultação e a fuga de criminosos eram punidos pondo-se o soldado no ‘lugar do criminoso’. A expulsão com infâmia e a expulsão simples, completavam o quadro repressivo da legislação”. (REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 11-12, 1947). Assevera, ainda, o referido autor que a referida legislação, pela primeira vez, trouxe a organização e composição dos Conselhos de Guerra e assinalou a atribuição dos auditores. Tratando do processo, H. Canabarro Reichardt afirma que *“O processo tinha forma rudimentar. A denúncia, apresentada por qualquer pessoa, não obrigava a nenhuma ação criminal, servindo apenas como informação para averiguação do fato criminoso”.*

Era competente para recebê-la os que exercessem o comando ou a autoridade militar. O sumário de culpa, podia ser secreto e não admitia intervenção de defensor. O Auditor, fazia parte do Conselho de Guerra, como vogal, mas escrevia ao mesmo tempo o processo. O réu tinha de promover por si, o necessário à sua defesa, só se permitindo a presença de um defensor pro ocasião do julgamento para alegações orais”. (REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., 1947). No mesmo sentido é o entendimento de Chrysolito de Gusmão que, em 1915, assim asseverou: *“Quanto à nossa antiga legislação penal militar, eram as forças armadas regidas pelos velhos, desumanos e bárbaros Artigos de Guerra do Conde Lippe, aprovados em 1763, e, bem assim, por uma série de disposições esparsas em Alvarás, Cartas Régias etc., de fins do século 18 e princípios do passado”* (GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 33).

⁹⁹ REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 11. No mesmo sentido: CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 39-40.

situação de réus que, pela desorganização e morosidade na distribuição da justiça sofriam muito maiores penas que aquelas na sua espera nas prisões¹⁰⁰.

Chrysolito de Gusmão noticia que, antes mesmo da fuga da família real de Portugal para o Brasil, teria sido nomeada comissão, pelo Decreto de 21 de março de 1802, para a elaboração de uma codificação penal militar a qual apresentou um projeto revisado por uma Junta em 1816 e foi aprovado pelo Alvará de 7 de agosto de 1820 que, no entanto, nunca chegou a ser aplicado¹⁰¹.

É digno de nota que, não obstante tenha havido grande preocupação com a estruturação da Justiça Militar desde a chegada de D. João ao Brasil, as normas de Direito aplicadas aos crimes militares desde o período colonial até o início da República, permaneceram sendo os draconianos “Artigos de Guerra do Conde Lippe” e as não menos rigorosas Ordenações Filipinas, mesmo após a proclamação da independência, uma vez que o art. 308 do Código Criminal do Império de 1830 estabelecia que não abrangia os crimes puramente militares, que deveriam ser punidos na forma da referida lei¹⁰²⁻¹⁰³.

Da mesma forma, o Código de Processo criminal de 1832, dispunha no artigo 8º que “*ficam extintas as ouvidorias (...) e a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade, exceto os ‘juizes militares’, que continuam a conhecer dos crimes puramente militares*”¹⁰⁴.

Durante o Império, deve ser ressaltado, ocorreram, ainda, três outras alterações legislativas importantes para a Justiça Castrense: a inserção do *Habeas Corpus* pelo Código

¹⁰⁰ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 11, 1947, p. 13.

¹⁰¹ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 33.

¹⁰² Inseto nas disposições gerais do Código Criminal do Império, versava o referido art. 308:

“*Este Código não compreende: 1º Os crimes de responsabilidades dos Ministros, e Conselheiros de Estado, os quaes serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva.*

2º Os crimes puramente militares, os quaes serão punidos na fôrma das leis respectivas.

3º Os crimes contra o commercio, não especificados neste Código, os quaes continuarão a ser punidos como até aqui.

4º Os crimes contra a polícia e economia das povoações, não especificados neste Código, os quaes serão punidos na conformidade das posturas municipaes”(grifos nossos) (CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO *apud* PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 269).

¹⁰³ Merece nota o fato de, por decreto de D. João VI de 1820, foi promulgado em Portugal o Código Criminal Militar, cujo projeto foi trazido ao Brasil pelo Marechal-General Guilherme Carr Beresford, teve curta vigência em nosso país uma vez que em 1822 o Brasil tornou-se independente e que eclodiu em Portugal a revolução liberal que impôs o retorno à vigência dos Regulamentos do Conde Lippe (Cf. H. REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 23). O referido código reunia em seu corpo a legislação penal, a processual e a disciplinar. Citando Gomes Carneiro, H. Canabarro Reichardt afirma que “*semelhante critério, quer do ponto de vista científico, quer do ponto de vista político e prático não merece censura. A legislação comparada oferece grande variedade de soluções e que podem ser classificadas em três grupos, conforme o critério que preside à condição das leis penais militares: sistema de unificação completa, de unificação parcial e autonomia completa na codificação das leis militares*” (p. 18).

¹⁰⁴ REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 65.

de Processo Criminal de 1832; a divisão entre crimes militares em tempo de paz e em tempo de Guerra, pela Provisão de 20 de outubro de 1834 e a atribuição dada ao Conselho Supremo Militar, pelo Decreto de 21 de agosto de 1820, de julgar os réus de pirataria¹⁰⁵.

Anote-se, também que, entre os anos de 1860 e 1861, o Conselheiro Magalhães Gomes Castro, Juiz Auditor de Direito e Auditor de Guerra da Corte, organizou dois projetos, um de Código de Criminal Militar e outro de Código de Processo Criminal Militar, sob a justificativa de que os severos Artigos de Guerra do Conde Lippe seriam muito lacônicos e que a Constituição do Império havia prometido à Nação Brasileira um Código Militar Criminal¹⁰⁶.

A fim de dar um parecer sobre o projeto, à época considerado bastante liberal e inovador, foi, por aviso do Ministro da Guerra, nomeada Comissão sob a presidência do Visconde do Uruguai, composta dos Conselheiros d'Estado João dos Santos Barreto e Manoel Felizardo de Souza e Melo¹⁰⁷. A referida comissão, por entender os projetos falhos, sobretudo no que diz respeito à organização da Justiça Militar, ofereceu um substitutivo que praticamente ressuscitava a severidade dos Artigos de Guerra do Conde Lippe, no que concerne as penas¹⁰⁸.

Ao substitutivo, Antonio Magalhães Gomes Castro ofereceu dura réplica que gerou polêmica tal no parlamento que impediu, no Império, que a promessa contida na Constituição de 1824 de dotar o País de uma adequada legislação penal militar viesse a termo¹⁰⁹.

Salienta, entretanto H. Canabarro Reichardt, que a polêmica demonstrou que, muito embora a escassez de paradigmas sobre a matéria no Direito Comparado, visto que eram paupérrimas as fontes legislativas (um Código Penal Francês e o projeto de Código Português) e doutrinárias, a discussão entre o Conselheiro Magalhães de Castro e os autores do substitutivo ao seu projeto “*com assombrosa intuição, utilizando a excelente cultura jurídica geral que possuíam e suprindo com talento as deficiências no estudo especializado, deram aos debates sobre a matéria apreciável nível científico*”¹¹⁰.

¹⁰⁵ Cf. ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012, p. 19.

¹⁰⁶ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 27, 1947. Sobre o projeto de código de processo penal militar Chrysolito de Gusmão assim se manifestou: “Em março de 1861 o, então, Auditor da Corte, Dr. J. A. de Magalhães Castro, organizou e apresentou ao Imperador um projeto de um código de Processo Criminal que se destacava por sua feição sistemática e ampla e por algumas ideias dignas de encômios” (GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 34).

¹⁰⁷ REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 39.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 40.

¹¹⁰ Ibidem, p. 41.

Em 1865, foi apresentado um novo projeto de Código Penal Militar pela Comissão de Exame da Legislação do Exército, constituída pelo Dr. Thomaz Alves, relator, Brigadeiro Polidoro da Fonseca Quintanilha Jordão, Conselheiro José Maria da Silva Paranhos e desembargador José Antonio Magalhaes de Castro. Tal projeto fazia parte do “Plano de Reforma Integral da Legislação Militar”, encabeçado pelo então Ministro da Guerra Angelo Moniz da Silva Ferraz¹¹¹. Aos trabalhos da comissão serviram de base os projetos de José Antonio de Magalhães Castro que, mandados à Câmara, antes da terceira discussão tiveram, em 1878, sua tramitação suspensa para que fossem ouvidas as Comissões de marinha, guerra e justiça criminal¹¹².

Chrysolito de Gusmão afirma que, muito embora inegável o notável saber jurídico da Comissão, em comparação com o projeto anterior do Auditor Dr. J.A. de Magalhães de Castro, o projeto era marcado por traços de tirania e de um conceito de disciplina mal compreendido e que o seu aspecto mais criticável era no aspecto de aplicação da pena, pois não se levavam em consideração quaisquer atenuantes ou exculpantes¹¹³.

Deve ser ressaltado que, não obstante não tenha conseguido aprovar seu projeto, Magalhães de Castro teve importante participação em impedir a aprovação do projeto de 1865, com seu voto vencido a respeito do projeto, que foi referendado, em 1875, por uma comissão na Câmara dos Deputados, de que faziam parte Taunay, Ferreira Vianna e Porto Alegre¹¹⁴.

Muito embora o laconismo e severidade da legislação penal e processual penal militar à época, foi justamente sob a vigência dos Artigos de Guerra do Conde Lippe que iniciaram as controvérsias sobre o mais tormentoso tema do Direito Penal Militar, qual seja: o conceito de crime militar.

Desde os primórdios do Direito Militar, dois critérios exurgem nas principais codificações como norteadores do conceito de crime militar: o critério *ratione materiae* e o critério *ratione personae*.

Pelo primeiro critério é necessário que se verifique o ato, que deve ser militar. Segundo esse critério, que se assenta em um ponto de vista meramente objetivo, considera-se crime militar, e, portanto, atrai a competência da jurisdição castrense, toda infração ao dever militar.

¹¹¹ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 43, 1947.

¹¹² Ibidem, p. 44.

¹¹³ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 34.

¹¹⁴ Ibidem, p. 35.

No que diz respeito ao segundo critério, devem ser considerados crimes militares todos os delitos (que afrontem a legislação e os valores militares ou não) que sejam cometidos por militares, excluindo-se a autoria e participação de civis.

Explica Esmeraldino Bandeira que a existência dos referidos critérios advém da influência do Direito Romano primitivo, em que prevalecia do critério *ratione materiae*, e do Direito Germânico inicial, em que prevalecia o critério *ratione personae*¹¹⁵.

Diante da abrangência dos referidos critérios, passou-se a defender um critério misto que conceitua como crime militar, entrelaçando os critérios *ratione materiae* e *ratione personae*, toda infração à lei penal militar cometida por militar, que consubstanciaria no que se denomina crime militar próprio.

Ocorre que há certas condições de tempo e de lugar que exercem *vis atrativa* à incidência da norma penal militar como, por exemplo, no primeiro caso, haver sido um crime cometido em tempo de guerra, em meio a uma revolta, em Estado de Sítio etc., e, no segundo caso, de haver sido cometido em uma embarcação ou aeronave militar, em um aquartelamento ou no teatro de operações. A tais critérios, denominados *ratione temporis* e *ratione loci*, possibilitam a existência dos denominados crimes acidentalmente ou impropriamente militares.

Ora, se os códigos Criminal e de Processo Criminal do Império faziam referência ao denominado crime puramente militar, era necessário que sobreviesse legislação que o definisse, sendo a provisão de 28 de outubro de 1834, a que primeiro tentou a referida conceituação nos seguintes termos:

*Enquanto não houver lei explícita, se extremem os crimes militares dos crimes civis, para o fim de cumprimento das disposições do Código de Processo Criminal, reputando-se 'crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do Exército ou da Armada', como são: 1º - os que violarem a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º - os que ofendem a subordinação e boa disciplina do Exército e da Armada; 3º - os que alteram a ordem pública e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz; 4º - o excesso ou abuso de autoridade*¹¹⁶.

¹¹⁵ Cf. BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, Justiça e Processo Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 25, 1º vol.

¹¹⁶ REICHARDT, H. Canabarro. Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 66, 1947. Nessa esteira, Esmeraldino Bandeira colocava-se flagrantemente contrário à adoção mista dos critérios: “Mas a utilização d’esses critérios, cumulativamente ou de per si, militarisa sem razão plausível um grande número de delitos comuns, numa especie de recrutamento para os codigos militares, de infracções e de factos que continuariam bem postos na lei geral dos paisanos”. (CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 13).

Mais tarde, pelo Decreto 120, de 31 de janeiro de 1842, no artigo 245, estabeleceu-se que “*si nas rebeliões ou sedições entrarem militares, serão julgados pelas leis e tribunais militares, assim, si as justiças civis os acharem envolvidos nos processos que organizarem, remeterão as cópias autênticas das peças, documentos que lhes fizerem culpa*”. Ou seja, durante o Império, adotou-se o critério misto de conceituação do crime militar, servindo como critério norteador não só a qualidade do delinquente, como pareceria à primeira vista, a ponto de confundir e de angustiar Esmeraldino Bandeira, mas também a infração a regras e valores militares¹¹⁷.

Observe-se, entretanto, que o Brasil atravessou todo o período imperial sem ter um Código Penal Militar e um Código de Processo Penal Militar, havendo, inclusive, atravessado a “Guerra do Paraguai” sem possuí-lo, a despeito dos clamores da doutrina especializada¹¹⁸.

No que diz respeito às obras de Direito Militar publicadas no período merecem destaque o *Auditor Brasileiro ou Manual Geral dos Conselhos, testamentos, e Inventários Militares* de Ladislal dos Santos Títara, de 1855; o *Indicador da Legislação Militar em vigor no Exército* de Antonio José do Amaral, de 1863; e os dois volumes do *Curso de Direito Militar* de Thomaz Alves Junior, de 1866 e de 1868.

As duas primeiras obras constituem compilações da intrincada legislação militar à época, sendo que a de Títara tem o traço diferencial de conter anotações e referências aos julgados do Conselho Supremo Militar.

Já o *Curso de Direito Militar* do Bacharel, oriundo do Largo de São Francisco, Thomaz Alves Junior é a primeira obra científica de Direito Militar que se tem notícia no Brasil. Dividido em dois tomos, escritos no período em que a Escola Militar esteve fechada por ocasião da Guerra do Paraguai, o *Curso* tratava de maneira sistematizada todos os aspectos jurídicos necessários à formação de um Oficial do Exército Brasileiro.

De forma bastante didática e, surpreendentemente, aprofundada, Thomaz Alves, no primeiro tomo, que era dividido em quatro seções, tratou do Direito Natural, percorrendo de temas que iam desde o fundamento do Direito e da Justiça até questões notadamente de Direito Civil como o fundamento do direito de herança e o direito de família; do Direito Público, subdividindo-a entre temas de Direito Público Interno, cujos assuntos iam desde os

¹¹⁷ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 66, 1947.

¹¹⁸ Nesse sentido, CÁRPENTER, (Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 34) noticia que Thomaz Alves Junior, professor de direito na Escola Militar, ao publicar seus dois volumes do “Curso de Direito Militar”, em 1866 e 1868, exarava seu inconformismo diante do anacronismo, desorganização e desatualização do direito positivo vigente frente às necessidades de um país em guerra.

fundamentos da soberania e organização do Estado até questões relativas a direito criminal, e do Direito Público Externo, no qual, com muita habilidade, discorreu sobre temas dos *ius ad bellum e o ius in bello*; e das normas relativas à forma como os Estados poderiam formar alianças, demonstrar neutralidade e como potências beligerantes poderiam chegar à paz.

No segundo volume, mais específico, abordava a teoria da Constituição e o Direito Militar, tanto no seu aspecto organizacional administrativo e disciplinar quanto no que diz respeito às questões atinentes à Justiça Militar e aos crimes militares propriamente ditos.

Muito embora bastante crítico da situação da legislação militar e da organização das Forças Armadas à época, Thomaz Alves Júnior provavelmente tenha sido o primeiro doutrinador brasileiro a defender a autonomia de um sistema repressivo castrense. Pelo valor histórico e profundidade de suas considerações entendemos importante citá-lo, sem paráfrases:

(...)Desde que o exercito tem um direito particular, tem legislação especial e por consequência Justiça, que é a Justiça Militar.

Justiça Militar quer dizer, ter um código de penas para as infrações do dever militar ou crime militar; ter tribunaes organizados, que conheção da violação do dever, apliquem as penas, e dêem à execução a sentença.

A história dos povos prova que o julgamento dos crimes militares foi sempre submetido a tribunaes militares.

A vida e profissão das armas traz hábitos, costumes e tradições, que indifferentes à vida civil, devem ser respeitadas e sustentados pela legislação especial, porque sem isso é efêmera senão fatal a existencia de exércitos permanentes.

E portanto a violação da lei ou crime militar tem seu característico que a separa da violação da lei ou crime comum, e quando esteja prevenido em lei geral, em consequência de ser um facto mixto, ainda assim cumpre ser muitas vezes capitulada em lei especial.

A aplicação da pena, já pela sua especialidade, já pelo seu rigor, faz com que se não confunda a Justiça militar com a Justiça commum.

Considerando a questão pelo lado do julgamento, não se pode deixar de aceitar a necessidade de tribunaes especiaes.

Se a violação da lei em crime militar é especial, se a penalidade é sui generis, como confiar o julgamento a tribunaes que não sejam militares, isto é organizados de modo e com pessoal, que conheça a importância do crime, e saiba dar valor a necessidade da pena?

Na vida militar a obediência passiva, subordinação, e disciplina são condições necessárias da vida do exercito: as faltas em contrario são graves, por tanto com julga-las quem não sabe dar valor à obediência, à subordinação e à disciplina?

A prompta e immediata repressão do crime é condição muito importante para a penalidade e seu efeito real: e ainda mais tratando-se do exercito, e tambem é certo que esse desideratum não pode ser alcançado senão por tribunaes especiaes, tribunaes militares.

*Daqui se conclue a necessidade de uma Justiça militar*¹¹⁹.

Embora longa a citação, esta serve para explicitar que Thomaz Alves Júnior via o sistema repressivo militar de forma integral, sendo inequívoca a relação entre as normas de natureza material e processual, bem como a necessidade de se ter julgadores especialmente

¹¹⁹ ALVES JUNIOR, Thomas. *Curso de Direito Militar*. Tomo II. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e Comp. Editores, 1868, p. 130-132.

preparados para resolver os conflitos relativos às infrações do dever militar ou crimes militares.

De certa forma, é digno de nota que, para o referido autor, a existência de exércitos permanentes faz com que sejam intrinsecamente ligados à profissão das Armas hábitos, costumes e tradições que devem ser mantidos a fim de que haja eficiência no emprego da Força, o que, ao nosso entender explicita o meio militar como um microsistema social cuja adequação social é diversa do restante da sociedade.

1.1.1.2. A República e o Código Penal da Armada

Já proclamada a República, em 14 de janeiro de 1890, foi criada comissão para elaboração de nova legislação sobre a matéria. A comissão, composta do tenente-general Visconde de Beaurepaire Rohan, coronel João Manoel de Lima e Silva, major Antonio Vicente do Espírito Santo¹²⁰, Auditor de guerra Dr. Agostinho de Carvalho Dias Lima e o

¹²⁰ Digna de nota é a obra *Compendio para a cadeira de direito da Escola Militar*, do Major Vicente Antonio do Espírito Santo, em dois volumes, anterior à entrada em vigor do Código Penal da Armada, do qual foi membro da Comissão de elaboração. Da mesma forma que Thomaz Alves Junior, sua obra aborda todos os temas jurídicos referentes à Carreira Militar. Interessante, entretanto, é a nítida influência das ciências naturais sobre o pensamento do referido autor que principia a referida obra jurídica tratando de biologia e das funções cerebrais do ser humano. No que diz respeito ao Direito Penal Militar, é nítida a preocupação científica do referido autor, nos seguintes termos:

“Assim como o direito militar nada mais é do que uma modalidade do direito comum, civil ou político, tendo em vista as exigências da subordinação no exército, o direito penal militar correspondente deve consistir no poder de coagir ao cumprimento da lei militar. Na verdade, o direito penal em geral consistindo em reprimier a infração da lei moral, que afeta a ordem social, expressa na lei positiva, e deixando esta de ter eficácia desde que a sanção penal não torne uma realidade a sua observância, é intuitivo que as mesmas razões são aplicáveis à observância das leis relativas ao exército. Portanto, o direito penal militar é a parte do direito penal comum, que tem por objeto firmar os princípios destinados a restabelecer a ordem no exército, perturbada pela violação das leis militares. Mas, uma vez aceita a existência do direito militar, a par do direito comum, uma vez reconhecida a conveniência de uma lei militar diversa da lei civil, é forçoso distinguir o direito militar do direito penal comum. Tendo por fim o exército manter a segurança da pátria no exterior e as leis no interior, de modo a garantir em sua plenitude a ordem social, e achando-se esta em completa harmonia com a ordem moral, segue-se que o direito penal militar, assim como o direito penal em geral, tem por principal fundamento os princípios de ordem moral, da qual se deriva a ordem social. Além disso, é claro que os meios empregados para restabelecer a ordem no exército, perturbada pela violação das leis militares, devem estar em proporção com o fim que esses meios têm de preencher; ou, por outra, devem estar de acordo com os princípios de justiça; é, por isso, evidente que o direito penal militar deve ter por norma a justiça, que firma as verdadeiras regras do direito penal, qualquer que ele seja: logo, é inadmissível a discriminação de diversas espécies de justiça, que é una e indivisível. Ela é o laço indissolúvel destinado a identificar a disciplina militar com o sentimento de civismo, e a unificar o fim do exército com os destinos da Pátria. A existência do direito penal militar, como uma entidade distinta do direito penal em geral, se impõe por motivos da mais alta relevância. Os misteres da subordinação militar exigem restrições penosas da liberdade humana, cuja limitação somente se justifica pelos interesses reais da ordem pública. Ficar aquém dos limites convenientes importaria fazer perigar a existência do exército; ultrapassa-los seria sacrificar inutilmente no soldado os direitos do homem e do cidadão. Se a determinação dos princípios do direito militar oferece as maiores dificuldades, atendendo à conveniência de harmonizar os interesses do soldado com os que se referem ao cidadão e à própria sociedade, como tivemos ocasião de demonstrar, uma teoria penal, baseada nas exigências da alta disciplina do Exército, demanda o conhecimento transcendental das íntimas relações entre esta instituição e uma determinada organização social e política. De modo que, se é difícil estabelecer a verdadeira doutrina do direito penal, considerado em sua plena generalidade, ainda mais se

advogado Dr. Carlos de Augusto de Carvalho elaborou um projeto de Código de Justiça Militar para o Exército brasileiro, composto por um Código Penal, um de processo e outro disciplinar. Tal codificação, conservadora no que diz respeito ao aspecto penal, sendo bastante influenciada pela Escola Positiva, apresentava inovações no âmbito processual como a criação do Ministério Público junto às Auditorias e a instituição de sessões públicas, via de regra. O referido projeto, entretanto, não chegou a obter sanção do Presidente da República¹²¹.

Nessa tentativa de codificação, em que se destacava o pensamento do jurista Carlos de Carvalho, fazia-se nítida distinção entre o tempo de guerra e o de paz, e, por influência da Escola Positiva italiana, à qual era simpático o referido jurista, tendia-se aos processos de eliminação definitiva ou temporária que aos sistemas penológicos¹²².

Apesar de bastante avançado para a época, o projeto sofreu a crítica de Chrysolito de Gusmão por incluir no texto do projeto crimes que nenhuma relação teriam com a vida militar, acompanhando, entretanto, a tendência até então assumida no *jus constituendo* e legislação brasileira, postura com a qual o referido jurista não concordava¹²³.

avoluma essa dificuldade quando se trata de organizar uma teoria penal militar, cuja subordinação assegure ao Exército a inteira observância da subordinação militar, sem aniquilar no soldado os sentimentos e as aspirações naturais do cidadão, nem interromper bruscamente os laços que devem ligá-lo intimamente à sua pátria, da qual ele é o maior penhor de segurança. Essa teoria deve servir de fundamento natural ao sistema de penalidade aplicável ao Exército em proveito dos interesses vitais da disciplina, e perfeitamente acordes com os princípios imutáveis de justiça. É tão difícil estabelecer com a devida clareza esses princípios que, havendo sido organizados em nosso país, sucessivamente, dois códigos penais comuns, não se tem podido até o presente organizar um Código Penal Militar; apesar da boa vontade e dos tentamens feitos pelo nosso Governo. Assim é que, por decreto de 21 de março de 1802, quando eramos ainda colônia, foi ordenada a organização de um projeto de Código Penal Militar; este projeto, revisto em virtude do decreto de 27 de abril de 1816, e sancionado pelo Alvará de 7 de agosto de 1820, nunca teve execução, naturalmente por sua inaplicabilidade. A carta constitucional de 25 de março de 1824, em seu art. 150 determina a organização de um sistema de leis sobre a disciplina militar. Em 12 de abril de 1860 foi criada uma comissão encarregada de estudar e emitir parecer sobre um projeto do Código Penal Militar, organizado em 1 de janeiro do mesmo ano pelo Desembargador Antonio José Magalhães de Castro, que revelou a respeito competência rara entre seus pares. Por aviso do Ministério da Guerra, de 18 de dezembro de 1865, foi incumbida de formular um outro projeto a primeira seção de comissão de exame da legislação do Exército. Por aviso de 14 de janeiro de 1890 foi nomeada pelo Ministro da Guerra uma outra comissão, para organizar um projeto de Código Militar Penal e de Processo. Entretanto, até o presente não se tem podido obter a respeito uma solução definitiva, não obstante os bons intuits revelados pelo Governo, e que encontraram sempre obstáculo insuperável na falta de uniformidade em compreender os verdadeiros princípios de penalidade militar, por parte daqueles incumbidos de levar a efeito semelhantes intuits. Estabelecer, portanto, uma teoria científica do direito penal militar é para nós uma necessidade ineludível. Ali se deve formular a noção de crime militar, estabelecer as idéias relativas à autoria, à cumplicidade, ve ainda discriminar as diversas espécies de competência das autoridades incumbidas a executar a fiel observância das referidas leis, e bem assim, aquelas que têm por fim assegurar em benefício da justiça o pleno exercício do direito de defesa; e, finalmente, estabelecer as regras de exceção aconselhadas no caso de guerra pelo princípio supremo de salvação pública". (ESPÍRITO SANTO, Vicente Antonio. *Compêndio para a Cadeira da Escola Militar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 212-215, v. II).

¹²¹ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 46-48, 1947.

¹²² GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 36.

¹²³ Idem.

Entretanto, em 05 de novembro de 1890, pelo decreto 949, foi promulgado o Código Penal da Armada que, posteriormente, em 1899, pela lei nº 612 de 29 de setembro daquele ano, foi estendido, também, ao Exército. Anota Cherubim Rosa Filho que, em 1895, o próprio Supremo Tribunal Militar¹²⁴ editou um Regulamento que fazia às vezes de Código de Processo e Organização Judiciária.

Discorrendo sobre os dois diplomas jurídicos, Chrysolito de Gusmão, em crítica severa, denominou o Código Penal da Armada de “aleijão”. Com efeito, o Governo Provisório decretou e baixou o Código Penal da Armada em ato exclusivo do Executivo, eivando a referida codificação de inconstitucionalidade. Tal situação somente iria ser solucionada pela lei nº 612, de 29 de setembro daquele mesmo ano quando o Legislativo, estendendo-o ao Exército, sancionou-o *ipso facto*¹²⁵.

Mas as críticas não se resumiam apenas à questão da inconstitucionalidade. O Código Penal da Armada, ainda recebeu críticas por ser defeituoso na técnica uma vez que, não obstante especial, imiscuía-se com os dispositivos do Código Penal comum de 1890 sem maiores reflexões¹²⁶. Tal ausência de técnica passou a trazer confusão quanto à competência para o julgamento dos casos e para a conceituação do crime militar¹²⁷.

Quanto ao Regulamento Processual Criminal, H. Canabarro Reichardt afirma que a aplicação da referida legislação trouxe sérias dúvidas e dificuldades, acrescidas da multiplicidade de tribunais militares. “*Existiam os Conselhos de Disciplina, para verificar a deserção das praças de pret; os Conselhos de Investigação, para qualificar as deserções dos oficiais de patente; os Conselhos de Investigação, para indagar os atos criminosos em geral; os Conselhos de Guerra, para julgar em primeira instância os crimes militares e o Conselho Supremo Militar, como tribunal de segunda instância*”¹²⁸.

O Conselho Supremo Militar exercia as funções de Conselho Militar, tratando de toda matéria atinente às Forças Armadas, e ao mesmo tempo as funções de Supremo Tribunal de Justiça, julgando os recursos em matéria criminal decorrentes dos conselhos de guerra, investigação e disciplina. Quando exercia as funções de Conselho Militar, era composto de nove conselheiros de Guerra e três vogais, todos oficiais gerais do Exército e da Armada;

¹²⁴ Com a proclamação da República, o nome do Conselho Supremo Militar foi alterado para Supremo Tribunal Militar.

¹²⁵ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 37.

¹²⁶ REICHARDT, H. Canabarro. *Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 50, 1947.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 50 e 51.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 23.

quando exercia as funções de Supremo Tribunal de Justiça, acresciam-se a eles ainda mais três juízes togados, membros da Relação do Distrito e que eram os relatores dos recursos¹²⁹.

O Regulamento sofreu duras críticas de dois juristas de renome à época, Esmeraldino Bandeira e Rui Barbosa. Esmeraldino Bandeira que já taxava de inconstitucional o Código Penal da Armada por, segundo ele, ao ser elaborado e publicado pelo Poder Executivo em flagrante colisão com o artigo 34 n° 23 da Constituição, colocava entre as aberrações jurídicas o fato de o Regulamento haver sido estabelecido por um órgão judicante ligado ao Executivo como o então Supremo Tribunal Militar¹³⁰. Rui Barbosa, por sua vez, ia ao mérito, afirmando que o Regulamento era por demais moroso, o que constituía verdadeira tortura aos réus que esperavam por julgamento presos¹³¹.

¹²⁹ REICHARDT, H. Canabarro. Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 23.

¹³⁰ Ibidem, p. 55. No mesmo sentido, a crítica de Chrysolito de Gusmão que, assim como H. Canabarro Reicherdt, considerava o Supremo Tribunal Militar como sendo órgão do Poder Judiciário, condição que somente veio a ocorrer quando da Constituição de 1934: “Quanto ao processo militar é ele regido pelo pseudo-Regulamento Proc. Crim. Militar, baixado pelo Supremo Tribunal Militar em 16 de julho de 1895, em consequência da autorização que lhe foi delegada pelo poder executivo, que por sua vez recebeu tal delegação em virtude do art. 5º, § 1º do Dec. n. 149, de 18 de julho de 1893. Vê-se que tal Regulamento é inconstitucional, pois que ao Supremo Tribunal Militar, como órgão do poder judiciário que é, falta competência constitucional para baixar regulamentos” (GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 37).

¹³¹ Dignos de reprodução são trechos do discurso do Águia de Haia, em 05 de agosto de 1905, no Senado Federal, ao tratar da revolta ocorrida em 1904:

“(…) Antes de condenar, este processo maltrata duramente os acusados, talvez inocentes, porque ainda não julgados; asperamente os maltrata com a tortura do cansaço, com o indefinido alongamento da prisão, com a reprodução insistente dos vexames(…)”

“(…) Signatário da Capitulação de Metz e do exército do Reno, Bazaine, entregára aos prussianos a flôr das forças francesas. Uma praça de fronteira de primeira ordem e não menos de cento e sessenta mil homens, válidos, bravos, sôfregos pelo combate, desesperados contra a capitulação, com cerca de mil e setecentos canhões, além das bandeiras, as gloriosas águias francesas de tantas batalhas, se renderam às armas alemãs, em um momento em que, algum tempo mais de resistência, não impossível, salvaria talvez a sitiada capital da França, permitindo ao exército de Loire, pouco depois vitorioso em Coulmiers, entalar os sitiantes entre dois fogos(…)”

“(…) Figura agora a grandeza trágica daquele plenário e a imensidade material do trabalho, com que ele havia de assoberbar os juízes. A sessão durou 4 dias; quatro dias a defesa, sete o interrogatório do acusado. Nos debates se ventilaram as mais sérias questões de administração militar, de tática militar, de direito militar, de moral militar. As testemunhas foram legião, chefes, oficiais, soldados, guardas florestais, camponeses, mulheres, membros do governo. Todos esses depoimentos, não obstante, se tomaram em quinze dias e o Conselho de Guerra, presidido por um príncipe de sangue, e duque d’Aumale, abrindo as suas sessões em 6 de outubro, proferiu em 8 de dezembro a sentença final (…)”

“(…) Dois meses lhe tinham bastado para instaurar e concluir aquele julgamento incomparável. Em quase cinco vezes esse espaço de tempo, entretanto a justiça brasileira ainda não acabou de liquidar a culpa aos indiciados no caso de 14 de novembro(…)”

“(…) Não será manifesto que o sistema dessa justiça se recente de aleijões orgânicos e monstruosos? Que ele adultera o processo em suplício, o julgamento em perseguição, a verificação em criminalidade, em perseguição de crime, as formas tutelares da inocência, em tratos aflitivos contra os acusados? Não sentireis como eu sinto, que esta paródia odiosa de justiça está reclamando a mais urgente e severa influência do legislador? Não vos acode, como a mim, que antes dessa reforma, a voz imperiosa da humanidade se nos impõe, contra o escândalo dessa afronta ao direito, a soberana reparação da anistia?” (Apud in REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 56-57).

Entre os anos 1900 e 1920, diante da polêmica sobre a constitucionalidade do Regulamento, foram apresentados uma série de projetos visando alteração da legislação militar, nenhum foi aprovado¹³². Destacam-se os projetos Dunshee de Abranches e seu substitutivo, que tratavam da reforma da organização judiciária da Justiça Militar, e o Projeto Clóvis Bevilacqua e o seu substitutivo que tinham como escopo oferecer um novo Código Penal Militar ao Brasil¹³³.

Quanto ao Código Clovis Bevilacqua, destaca-se que, de certa forma, não cumpriu o seu plano de esboço que tinha como diretrizes não articular senão delitos militares; bem como, por entender o direito militar uma especialização do comum, não incluir no código os princípios gerais cujo lugar próprio seria no Código Penal comum, uma vez que previa crimes comuns como os patrimoniais e os de falso¹³⁴. Para melhor firmar o conceito de crime militar e obviar conflitos de competência estabelecia ainda, no seu artigo 4º que “*a lei penal militar da Armada, aplica-se aos militares; aos que, temporariamente prestam serviços em navios da armada; e aos que servem nas embarcações agregadas à força naval ou se acham sob a sua direta proteção e autoridade*”¹³⁵, estendendo a competência a civis em condições especiais. Estabeleceu ainda a dicotomia crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra o que recebeu críticas, pois não deixava claro a previsão da espionagem em tempo de paz¹³⁶.

Chrysolito de Gusmão asseverou que, muito embora o projeto não adotasse a teoria restritiva dos crimes militares aos especificamente tais, tinha em razão da nítida e metódica separação entre crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra, no fato de não se

¹³² Merece referência a publicação, em 1906, da célebre obra “Sabres e Togas”, de Hélio Lobo que simplesmente pregava a unificação do sistema repressivo castrense ao comum e, no entender de Mario Tiburcio Gomes Carneiro, motivou não apenas um movimento de resposta doutrinário favorável à autonomia da jurisdição militar e do Direito Penal Militar, estimulando a produção científica a respeito do Direito Penal Militar, mas também uma tendência “civilizatória” nas reformas legislativas que se seguiram, iniciadas com a aprovação do Código Judiciário de 1920 e que tiveram seu apogeu com a inclusão da Justiça Militar no Poder Judiciário com a Constituição de 1934 (Cf. CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1960, p. 13/33). Nas palavras do antigo Ministro do Superior Tribunal Militar “o exame retrospectivo do período que se seguiu à publicação de ‘Sabres e Togas’, feito propositadamente com o objetivo de apurar a influência de suas ideias, num sentido ou noutro, permite agora identificá-las nas diversas manifestações de atividades que, por seu conteúdo, reunirei em três grupos de movimentos: divulgação do direito penal militar – no ensino jurídico, com a adoção da autonomia didática desse ramo do direito, e na literatura jurídica, com a publicação de estudos teóricos sobre temas da especialidade, em importância e volume jamais alcançados; acesso, em progressão acentuada, dos temas de direito penal militar, aos programas, debates e deliberações dos Congressos jurídicos nacionais; reforma da legislação penal militar, por atos do Poder Executivo, nas lamentáveis condições referidas” (p. 15).

¹³³ Cf. REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 74-107, 1947.

¹³⁴ Ibidem, p. 86.

¹³⁵ Ibidem, p. 87.

¹³⁶ Ibidem, p. 88.

referir aos crimes políticos e de não apresentar disposições, na sua Parte Geral, relativas ao crime, à pena, e à reabilitação, remetendo ao Código Penal comum a sua aplicação, apresentava mais pontos positivos que negativos¹³⁷.

A fim de expurgar os crimes comuns inseridos no texto do projeto Bevilacqua foi oferecido substitutivo cujo Relator foi Cunha Pedrosa. Tal substitutivo, entretanto, recebeu análise do Instituto dos Advogados do Brasil que apresentou parecer que trazia algumas considerações importantes de ordem jurídica que entendemos ser importante destacar: i) a primeira, de ser de boa técnica legislativa não apresentar a Codificação Militar princípios gerais que fazem parte da Parte Geral do Código Penal Comum, demonstrando que a legislação penal militar, por ser especial é complementar à penal, não havendo demérito na utilização do Código Penal comum como forma de integração; ii) que era claro no projeto que em tempo de paz estariam excluídos os civis da jurisdição militar, tendo em vista que o art. 116 determinava que as infrações à lei militar porventura por eles praticadas deveriam ser remetidas à jurisdição comum, o que demonstra que o que difere, a nosso ver o que é crime militar não é a qualidade do agente, mas a natureza da norma por ele desrespeitada; iii) que em tempo de guerra todo brasileiro é soldado e por isso não haveria impeditivo de que fosse julgado pela Justiça Militar; iv) que os crimes políticos cometidos por civis somente deveriam ser julgados pela Justiça Militar em tempo de guerra na hipótese de serem praticados em territórios ou águas ocupadas por forças militares; v) excluir da competência da Justiça Militar o julgamento dos crimes comuns, transformados acidentalmente em crimes militares, seria fazer desse ramo do Judiciário um luxo haja vista que o deixaria “às moscas”, tornando-a ociosa; v) que deveria haver uma equiparação entre o sistema de penas da legislação penal comum e a militar a fim de não criar incongruências na aplicação de penas aos crimes acidentalmente militares¹³⁸.

¹³⁷ GUSMÃO, Chrysolito. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 38. Nessa esteira é importante tecer algumas considerações a respeito do pensamento de Chrysolito de Gusmão a respeito dos crimes militares. Para o referido autor, em razão de entender desnecessária, em tempo de paz, uma disciplina tão rigorosa, dever-se-ia adotar um teoria restritiva a fim de se considerarem crimes militares somente aqueles que efetivamente fossem considerados especificamente como tais, sendo contrário à ideia de introduzirem-se crimes comuns na Parte Especial da codificação militar. Nesse sentido: “Se em verdade preferiríamos, como ideal doutrinário, um só código para civis como para militares, no entanto pensamos que nesse Código único, uma parte estaria sempre destacada, formando um tipo à parte, ou, como dizia Clemenceau, seriam outros tantos parágrafos aditados; só uma utilidade haveria, é ser a parte de tal legislação referente à milícia, sujeita aos mesmos princípios gerais da legislação comum. Mas tal objetivo pede-se conseguir, perfeitamente, adotando-se o sistema do projeto Clóvis Bevilacqua, no qual se não vêm incluídos, na legislação militar, os princípios que formam a parte geral do código comum, de modo que fossem sempre aplicados à legislação militar os princípios gerais de direito comum” (p. 39).

¹³⁸ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 93-107, 1947.

Digno de nota, que, muito embora as críticas recebidas, foi durante a vigência do Código Penal da Armada que o Brasil, embora com participação discreta, enviou tropas para integrar a sua aliança com a Tríplice Entente no continente europeu. Foram enviados além de uma missão médica composta de cirurgiões civis e militares, um contingente de oficiais aviadores, do Exército e da Marinha, para se integrar à Força Aérea aliada e parte da Esquadra Brasileira, organizada em uma força-tarefa denominada “Divisão Naval em Operações de Guerra” (DNOG), composta por 9 (nove) navios (os cruzadores “Rio Grande do Sul” e “Bahia”, os contratorpedeiros “Piauí”, “Rio Grande do Norte”, “Paraíba” e “Santa Catarina”, o navio de suprimento “Belmonte” e o rebocador “Laurindo Pitta”), que possuíam um contingente de cerca de 1,5 mil homens, cuja missão foi patrulhar a área compreendida pelas linhas imaginárias entre Dakar, a ilha de São Vicente, em Cabo Verde, e Gibraltar, na entrada do Mar Mediterrâneo¹³⁹.

Deve ser ressaltado, ainda, entre os anos de 1914 e 1918, por haver sido aberto concurso para a cadeira de Direito Penal Militar da Escola Naval de Guerra foi intensa a produção doutrinária quanto ao Direito Militar. Concorreram à cátedra Chrysolito de Gusmão com a tese “A competência dos Tribunais Militares”; Frederico Carpenter, com o “Direito Penal Militar Brasileiro e o Direito Penal Militar de outros povos cultos” e “O velho Direito Penal Militar Clássico”; Herbert Canabarro Reichardt, “A Justiça Militar e o Problema da Reforma”; Helvecio de Gusmão, com a “Dualidade Penal Substantiva e da Justiça Militar autônoma”; Francisco Bulcão Viana, com dos “Crimes Militares”¹⁴⁰. Merecem ainda registro as publicações do Auditor Mario Tiburcio Gomes Carneiro e o consagrado “Direito Penal Militar” do Professor Esmeraldino Bandeira¹⁴¹.

1.1.1.3. O Código Judiciário de 1920

Em 1920, a Justiça Militar sofre alterações legislativas sensíveis no que diz respeito à sua estruturação. Pelo Decreto 14.450, foi elaborado o Código de Justiça Militar que passou por quatro reformas até 1926 (1920, 1922, e 1926)¹⁴². Entre as reformulações podem ser

¹³⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 161.

¹⁴⁰ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 111, 1947.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 112.

¹⁴² Além de servir como respostas às críticas dos juristas quanto à ilegitimidade da legislação militar vigente, a reforma veio racionalizar o sistema que era composto por inúmeros diplomas bastante defasados. Discorrendo sobre o estado da legislação em 1906, ano em que foi publicado “Sabres e Togas” de Hélio Lobo, Mario Tiburcio Gomes Carneiro assim retrata o sistema penal militar: “(...)

citadas a diminuição do número de Ministros do Supremo Tribunal Militar; a redução do número de juízes militares dos Conselhos de Guerra¹⁴³ de 6 (seis) para 4 (quatro); a extinção do Conselho de Investigação; a criação do Ministério Público junto a cada Auditoria e a criação de um corpo de advogados para defesa das praças¹⁴⁴.

A diminuição do número de Ministros do Supremo Tribunal Militar justificou-se diante do fato de que a relatoria dos processos submetidos à Corte Castrense passaria também aos Ministros Militares que, até então, somente proferiam seus votos de forma oral, pois o aumento do número de feitos, à época 1500 em média, era demasiado grande para apenas os três Ministros togados que compunham o tribunal¹⁴⁵.

No que diz respeito à diminuição do número de juízes militares a compor os Conselhos, esta foi motivada pelo fato de a composição com 6 (seis) juízes militares haver ficado bastante onerosa para as Forças Armadas, pois, por muitas vezes, era necessário utilizar-se de comandantes de unidades para a realização da instrução e julgamento dos crimes militares¹⁴⁶.

A criação do Ministério Público e da Advocacia junto às Auditorias tinha, por óbvio, como objetivo conferir maior independência e imparcialidade aos juízes bem como maior legitimidade às decisões dos órgãos da Justiça Militar, mas também extinguiu o Conselho de Investigação impondo maior celeridade ao rito.

A reforma marcadamente civilista estabelecida pelo então Presidente da República Epitácio Pessoa¹⁴⁷, sofreu diversas críticas dos grupos conservadores e, principalmente, do

Compreendendo o ramo material (norma penal e norma disciplinar) e o ramo formal (norma sobre a organização judiciária militar e o processo penal), o direito penal militar, em 1906, estava codificado, em diplomas de categorias diferentes, de datas, concepção e regimes políticos diferentes: o Código Penal para a Armada, de 1891, aplicado ao Exército em 1899; o Código disciplinar para a Armada, de 1890 e o Regulamento disciplinar do Exército, de 1875; a lei de 1893 organizando o Supremo Tribunal Militar e o Regulamento Processual Criminal Militar, de 1895, adotando o sistema de organização dos tribunais militares de primeira instância e de processo penal militar. Formava tudo um complexo heterogêneo de preceitos, cuja reforma era insistentemente reclamada quando Helio Lobo, com a mais veemente e substancial crítica já sofrida pela autonomia da jurisdição militar no Brasil, propunha a sua abolição, resguardada a parte relativa à matéria disciplinar” (CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. *Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica*. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1960, p. 21-22).

¹⁴³ Os conselhos de Guerra passaram a ser denominados Conselhos de Justiça Militar.

¹⁴⁴ Cf. ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012, p. 20.

¹⁴⁵ REICHARDT, H. Canabarro. *Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro*. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 114, 1947.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 115. A dificuldade no recrutamento de oficiais para compor os conselhos era uma realidade extremamente desconfortável naquele período a ponto de determinar reforma do Código de Justiça Militar em 1926 em razão da peculiaridade de tornar-se impossível a administração da Justiça Militar em razão de os oficiais da Marinha estarem constantemente embarcados (p. 126).

¹⁴⁷ Digno de nota que o “Código de Organização Judiciária e Processo Militar”, de 1920, reproduzia o “Esboço de Código”, da lavra do próprio Presidente da República, publicado no *Jornal do Comércio* de 04 de outubro de 1919 (cf. CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. *Op. cit.*, p. 23).

Alto Comando Militar. Asseveravam os críticos que o Código, que trazia inovações como a necessidade de prévia requisição do Ministério Público Militar para a instauração do Inquérito Policial Militar, representava verdadeira “desfiguração da fisionomia militar”¹⁴⁸

Sobre a produção científica produzida quanto ao texto do Código de Justiça Militar, destaca-se o Congresso Jurídico de 1922, em homenagem ao centenário da Independência do Brasil convocado pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, em que a coordenação dos estudos foi confiada ao professor Esmeraldino Bandeira. Para a coordenação dos trabalhos o renomado professor elaborou questionários sobre as questões mais palpitantes sobre a legislação que ao término das discussões acabaram por concluir pela deficiência da referida legislação¹⁴⁹.

¹⁴⁸ CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960, p. 24.

¹⁴⁹ REICHARDT, H. Canabarro. Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 114, p. 121-124. Pelo valor histórico e doutrinário reproduzimos o referido questionário: “(...) ‘Questionário da Secção de Direito Penal e Processual Militar’ Direito Penal Militar I – A Expressão ‘tempo de guerra’, empregada no artigo 72 § 21 da Constituição Federal para a aplicação dos dispositivos da legislação militar, inclusive a pena de morte, refere-se unicamente à guerra externa ou internacional, ou, também, à guerra interna ou civil? Em que momento começa a aplicação da legislação militar do tempo de guerra e em que lugares se torna efetiva essa aplicação?

II – O caráter pessoal da lei penal Militar em oposição ao caráter territorial da lei penal comum. Regras de interpretação da primeira dessas leis me si e em relação à segunda, vigente ou revogada esta última. Aplicações aos Direito Penal Militar Brasileiro.

III – Retroatividade da lei penal militar. Condições de aplicação da lei nova. O princípio da não ultratividade da lei antiga. Os preceitos do Código Penal da Armada. Crítica desses preceitos.

IV – os modos de atuação dos critérios ‘*rationae materiae*’, ‘*ratione personae*’, ‘*ratione loci*’ e ‘*ratione temporis*’, para a qualificação de um fato em crime militar.

Espécies de crime militar resultantes da atuação desses critérios.

V – O excesso de legítima defesa no Direito Penal Militar. Elementos específicos de usa impunibilidade. Confronto com os preceitos do Direito Penal comum. Lacunas a tal respeito nos dois Códigos brasileiros.

VI – Critério diferencial entre o crime de deserção e o abandono de posto, na doutrina e na lei. Deficiência do Código Penal da Armada.

Direito Judiciário Militar

I – O Código de Organização Judiciária e Processo Militar, mandado observar pelo decreto nº 41.450 de 30 de outubro de 1920, satisfaz às exigências modernas do assunto que ele versa? Correspondem a estas exigências a instituição do Ministério Público e a do corpo de advogados militares?

II – Vale por um *canon* da Justiça Militar a sua completa independência do comando militar? A não graduação militar dos Auditores tem apoio na boa doutrina jurídica?

III – O preceito do art. 352 do citado “Código de Organização e Processo, que aboliu a faculdade aos militares pelo art. 29 do Regulamento Processual Militar, de requererem Conselhos para se justificar de acusações que lhes forem feitas, ataca o direito de defesa na vida militar e compromete a respectiva disciplina? A concessão de tais Conselhos é compatível com a natureza jurídica do referido Código?

Processo Penal Militar

I – Qual o verdadeiro conceito jurídico do assemelhado militar, para o efeito da aplicação da respectiva lei processual?

II – Por que crime e em que condições podem os deputados e senadores militares ser sotopostos à Jurisdição Militar. O Direito e a Jurisdição sobre o assunto.

III – Os crimes dos militares e os crimes militares praticados em país estrangeiro. Jurisdição para o processo e julgamento e condições de punibilidade no país de origem (...). ”

É importante esclarecer que, durante esse período, no que tange ao direito penal militar material, continuou sendo aplicado o Código Penal da Armada. Merece destaque a célebre obra *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro*, também de Esmeraldino Bandeira, editada em 1925 que, de forma bastante científica, além de representar uma obra de excelência em termos de atualidade quanto ao conhecimento da dogmática penal estrangeira à época, solucionava de forma precisa os problemas advindos da nova legislação processual para a interpretação dos dispositivos do Código Penal da Armada¹⁵⁰.

Nos anos 30, diante da revolta militar em Recife e da Revolução Constitucionalista de São Paulo, através de decretos, foram criados tribunais de campanha e foi realizada alteração no título XVI do Código da Justiça Militar no sentido de vigorar-se a Jurisdição Militar de Guerra, com a exclusão da pena de morte que era convertida na pena de prisão com trabalho por 30 anos, durante o Estado de Sítio. O Código de Justiça Militar de 1920, mesmo com sua reforma de 1926, demonstrava que não atendia às expectativas nem em tempo de paz, nem em tempo de guerra, em curto espaço de tempo¹⁵¹.

Com efeito, assevera Mario Tiburcio Gomes Carneiro que, entre os anos de 1920, quando entrou em vigor o Código Judiciário Militar, e 1934, quando a Justiça Militar efetivamente passou a integrar o Poder Judiciário em razão de expressa disposição constitucional, a reforma “civilizatória” do Direito Penal Militar brasileiro passou por verdadeiro movimento pendular que, a cada movimento no sentido de conferir feições mais garantistas e coerentes com o Direito Penal comum, havia um contramovimento no sentido inverso. Assim, por exemplo, a contrarreforma que veio a lume com o Código de Justiça Militar de 1926, no governo de Artur Bernardes¹⁵².

Salienta o referido autor que, analisando-se *a posteriori* os movimentos da legislação penal e processual penal militar ficava bem nítida a contraposição de dois objetivos: de um lado, a intenção de restituir ao sistema uma “fisionomia militar”; de outro, a pretensão de assegurar julgamento mais imparcial, liberto de corporativismo, que não lograram dotar o

¹⁵⁰ Pode-se citar, a título de exemplo, a resolução do impasse sobre de quem seria a competência para requerer a aplicação de lei penal militar posterior mais benéfica ao agente diante da extinção do cargo de Auditor Geral da Marinha, pelo Decreto n. 14450, e a criação do cargo de Promotor de Justiça Militar (BANDEIRA, Esmeraldino. *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925, p. 60). De se ressaltar, também, as referências e a habilidade com que o referido autor transitava por penalistas estrangeiros como Binding, Garofalo, Carrara, Ferri, Liszt etc., no capítulo intitulado “Do Crime: suas espécies e configurações jurídicas” (In BANDEIRA, Esmeraldino. Op. cit., p. 95), o que demonstra a preocupação científica do referido autor.

¹⁵¹ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 127-128, 1947.

¹⁵² CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960, p. 24.

Brasil de uma Justiça Militar especializada idônea, nem para a defesa dos interesses militares, nem para a defesa do ideal de justiça¹⁵³.

Ainda na década de 30, uma controvérsia entre os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal Militar no que diz respeito ao crime cometido por militar contra militar, contribuiu para a criação de um sexto critério na conceituação do crime militar no Brasil. Enquanto o Supremo Tribunal Militar considerava crime militar o crime praticado por militar contra militar qualquer que fosse a situação, o Supremo Tribunal Militar, tradicionalmente de interpretação mais restritiva, entendia que além das condições pessoais do agente e ofendido deveriam ser levadas em consideração outras circunstâncias como o local em que o crime teria ocorrido e do seu contexto, como se o crime fosse em razão do serviço.

O STM argumentava que persistia na orientação tendo em vista que, pelo que dispunha o artigo 5º da codificação então vigente extrair-se-ia que seria “crime toda ação ou omissão, contrária ao dever marítimo e militar, prevista por este Código, e será punido com as penas nele estabelecidas”, seria, pois, “*ratione legis o principal fundamento das referidas decisões*”¹⁵⁴. Criava-se o critério *ratione legis*, invenção pretoriana brasileira.

Ainda na década de 30, do século XX, duas alterações no texto constitucional trouxeram reflexos para o Direito Militar. A primeira foi o fato de a Constituição de 1934 inserir a Justiça Militar no Poder Judiciário brasileiro¹⁵⁵.

¹⁵³ CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960, p. 26. Nessa esteira, afirma que “os dois objetivos nunca foram, entretanto, alcançado: o mecanismo judiciário militar, que não funcionou nas sedições militares de 1922 a 1930, desorganizou-se em 1932 por ocasião da Revolução Paulista, parou nas três Regiões Militares em manobras no Vale do Paraíba em 1940, não se aplicou no território nacional durante a II Grande Guerra e, para a Fôrça Expedicionária nas operações no ultramar, foi substituído por medidas de emergência; sendo que, em tempo normal, para movimentar cerca de 80% de seus processos, a justiça militar depende da participação da justiça comum, em todos os Estados – isso, no que respeita aos interesses militares, na composição e funcionamento dos tribunais, porque, no que respeita aos interesses da justiça, o índice da impunidade não tranquiliza a consciência jurídica da nação” (Idem).

¹⁵⁴ REICHARDT, H. Canabarro. Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 70, 1947. Acentua, o referido autor, ainda, que o código de 1920, sucessivamente reformado como veremos, veio colocar pá de cal na discussão ao estabelecer no seu artigo 88, letra m), que os militares da ativa em crimes contra militares também da ativa, ainda que não sejam praticados em lugar militar, nem em razão de serviço ou da função militar”.

¹⁵⁵ Do capítulo IV da Constituição de 1934, referente ao Poder Judiciário, fazia parte a Seção V, que tinha sob título “Da Justiça Militar”, que era composta por quatro artigos, a saber:

“Art. 84. Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

Art. 85. A lei regulará também a jurisdição dos juízes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina.

Art. 86. São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os tribunais e juízes inferiores, criados por lei.

Dessa forma, foi imposto grande diferencial ao Direito Militar Brasileiro ao fazer com que a jurisdição Militar faça parte do Poder Judiciário e não mais do Executivo, tradição que persiste até hoje. Desde então, a matéria administrativa relativa às Forças Armadas não é mais objeto de apreciação dos Conselhos de Justiça, nem, tampouco, do Superior Tribunal Militar, que passaram à jurisdição dos crimes militares definidos em lei. Para não se dizer que nenhuma matéria administrativa restou sob a análise da Justiça Militar, restam, atualmente, três exceções: o processo do Conselho de Justificação, a representação para declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato e o mandado de segurança contra ato administrativo de autoridade do próprio Tribunal, ou da Justiça Militar da União¹⁵⁶.

Por outro lado, foi sob a égide da Constituição de 1937, que efetivamente o foro militar se estendeu aos civis. Em que pese o artigo 111¹⁵⁷ da referida Constituição apresentasse dispositivo praticamente idêntico ao art. 84 da Constituição anterior, a efetiva extensão do foro militar aos civis se deu por disposição regulamentar através do decreto-lei nº 510, de 22 de junho de 1938, mandava submeter “*ao processo e julgamento em foro militar,*

Art. 87. A inamovibilidade assegurada aos juízes militares não exclui a obrigação de acompanharem as forças junto às quais tenham de servir.

Parágrafo único. Cabe ao Supremo Tribunal Militar determinar a remoção de Juízes militares, de conformidade com o art. 64, letra “b”.

¹⁵⁶ Muito embora não tratasse das Justiças Militares estaduais, a Constituição de 1934 estabeleceu a competência da União para legislar quanto as polícias dos Estados o que resultou, em 1936, em lei federal (Lei Federal 192, de 17 de janeiro de 1936) que criaria a Justiça Militar dos Estados composta por conselho de justiça na primeira instância e Corte de Apelação ou Tribunal Especial em segundo grau. Em decorrência da referida legislação, em 1937, foi criado o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por lei paulista (Lei Estadual 2.856, de 08 de janeiro de 1937). Somente na Constituição de 1946 é que a Justiça Militar Estadual é contemplada com a estrutura de um conselho de justiça no primeiro grau e uma Corte de Apelação ou Tribunal Especial na segunda instância, permanecendo essa estrutura intacta na Constituição de 1967. Na reforma que houve em 1969, decidiu-se por manter os tribunais de Justiça Militar apenas nos Estados que os havia criado, restringindo a possibilidade de criação de tribunais militares estaduais, mantendo-se assim os até então existentes – Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (cf. CASSEB, Paulo Adib. A competência constitucional da Justiça Militar. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 93). Especificamente, no que concerne a criação da Justiça Militar bandeirante, Orlando Eduardo Geraldi recorda que já no século XIX havia justiça militar no Estado de São Paulo. Pela Lei Estadual 491, de 29 de dezembro de 1896, ao reorganizar a Força Pública, criou-se a Auditoria da Força Pública e o cargo de Auditor da Força Pública, sendo que a Auditoria da Força Pública era composta de um Auditor de de Conselhos de Justiça. As decisões do referido órgão podiam ser revistas pelo Presidente do Estado, cargo que corresponderia ao atual Governador. Discorrendo sobre a lei 2.856, de 08 de Janeiro de 1937, que criou o Tribunal Superior de Justiça de São Paulo (embrião do atual TJMS), Orlando Eduardo Geraldi esclarece que a primeira instância era composta por um juiz-auditor e quatro juízes militares, com competência para julgar os militares estaduais nos crimes militares, com a peculiaridade de que o Auditor passava a fazer parte de Quadro próprio do Tribunal Superior de Justiça de São Paulo e não mais do Quadro Auxiliar da Polícia Militar. E, na segunda instância, o Tribunal, propriamente dito, era composto por três juízes, sendo um militar escolhido entre os coronéis ou tenente-coronéis da ativa da Força Pública de São Paulo, e dois civis, todos nomeados pelo Governador do Estado (Cf. GERALDI, Orlando Eduardo. A justiça militar do Estado de São Paulo: os julgamentos em 2ª instância e aspectos práticos. In: _____. *Justiça Militar: aspectos práticos*, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 214-216).

¹⁵⁷ “Os militares e as pessoas a eles assemelhados terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei, para os crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares”.

em tempo de paz, os civis que, como autores, e co-autores ou cúmplices, cometerem crimes definidos em lei”¹⁵⁸.

No seu artigo 2º dispunha, o referido decreto-lei, que: “*o foro militar abrangerá os civis que, em lugar sujeito à jurisdição militar, cometerem crime definido em lei militar, ou na lei penal comum, contra pessoa investida de autoridade militar*”, e no seu artigo 3º, estabelecia que “*para efeito da aplicação da pena, os civis serão, sem qualquer exceção, considerados praças de pret*”.

Já estavam estabelecidos os contornos do conceito de crime militar que veio a ser consagrado na Codificação hoje vigente.

Digno de nota é que, de forma diferente do que se observaria na égide do regime militar instaurado a partir de 1964, foi instituído um Tribunal de Segurança Nacional que, presidido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, era integrado por cinco membros, sendo dois militares, que tinha competência para julgar crimes contra a segurança externa do país e as instituições militares, sempre que decretado o estado de guerra. Tal tribunal que, a princípio, era órgão da 1ª instância da Justiça Militar castrense, passou, em 1937, na vigência do Estado Novo a ser integrado por um total de seis magistrados, sendo três militares, sempre sob a presidência de um civil¹⁵⁹. Não é demais recordar também que, durante esse período, a Constituição de 1937 previa no nº 13 de seu art. 122 diversas hipóteses em que era possível a pena de morte a civis além dos casos previstos na legislação penal militar¹⁶⁰.

A década de 40 foi uma época de intensa produção legislativa, uma vez que sucederam a uma reforma realizada no Código de Justiça Militar em 1938, uma série de decretos visando satisfazer as necessidades da Justiça Militar durante o Governo de Getúlio Vargas. Destaque merecem o decreto 2.746, de 05 de novembro de 1940, que substituiu um capítulo do referido

¹⁵⁸ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 127-128, 1947, p. 72.

¹⁵⁹ Cf. DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. O Ministério Público Militar e a as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. In FREITAS, Ricardo et al. *Memória histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012, p. 84.

¹⁶⁰ “(...) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição ;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade(...);

Código a fim de dar um critério uniforme nas decisões finais quando aos Conselhos de Justificação; e o decreto nº 4.766, de 1º de outubro de 1942 que, dado o estado de guerra em que o Brasil se encontrava, destinava-se a preencher a deficiência da legislação em vigor e criou novas figuras típicas de crimes militares e de crimes contra a segurança nacional¹⁶¹.

Para além do fato de aplicar-se a pena de morte aos inimigos do Estado, durante o Regime de Vargas foram produzidos, ainda, outros diplomas legislativos de evidente autoritarismo. A título de exemplo, o que dispunha o artigo 67 do Decreto-Lei 4.766, de 1º de outubro de 1942, que permitia a aplicação retroativa em prejuízo do agente em caso de infrações penais militares e contra a segurança do Estado¹⁶².

1.1.1.4. O Direito Penal Militar no período da Segunda Guerra Mundial

Durante a Segunda Guerra Mundial foram editados dois outros decretos no ano de 1944, decretos nº 6.227 de 24 de janeiro e 6.396 de 1º de abril.

Pelo primeiro, que sofreu forte influência da legislação penal comum, foi introduzida a medida de segurança no ordenamento militar, foram estabelecidas modificações no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio, nos crimes de perigo comum e contra a administração pública e estendeu-se a jurisdição militar definitivamente também aos civis em tempo de paz. O primeiro Código Penal Militar brasileiro¹⁶³ possuía uma parte geral e uma parte especial, ambas aplicáveis tanto em período de guerra quanto de paz¹⁶⁴.

Pelo segundo, possibilitou-se que o Auditor presidisse a instrução e julgasse as praças e civis, em tempo de guerra¹⁶⁵, monocraticamente.

Com efeito, as maiores inovações trazidas para o Direito Militar durante o período da Segunda Guerra Mundial foram em matéria processual e de Organização Judiciária.

Tratava-se da primeira oportunidade em que as tropas brasileiras estavam em guerra combatendo em outro continente. A Justiça Militar no teatro de operações era composta pelo Conselho Supremo de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça e os Auditores, com

¹⁶¹ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 127-128, 1947, p. 31-32.

¹⁶² Cf. DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. O Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. In FREITAS, Ricardo et al. *Memória histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012, p. 95.

¹⁶³ ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012, p. 49.

¹⁶⁴ Cf. DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. Op. cit., p. 95.

¹⁶⁵ REICHARDT, H. Canabarro. Op. cit., p. 133-134.

competência para processar e julgar os crimes ocorridos nas zonas de operações militares ou em território estrangeiro militarmente ocupado¹⁶⁶.

No que concerne à efetiva aplicação do Direito Penal Militar durante o período da Segunda Guerra Mundial, uma observação há de ser feita. Uma vez que a Presidência dos Inquéritos Policiais Militares ficava a cargo dos mesmos oficiais que combatiam, esses eram muito defeituosos e nem mesmo chegavam a ser encerrados, gerando grande cifra negra quanto aos crimes cometidos naquele período nos territórios ocupados pela Força Expedicionária Brasileira¹⁶⁷.

Uma crítica apontada por Antonio Pereira Duarte, Clauro Roberto de Bortolli e Ricardo Freitas à atuação da Justiça Militar na Segunda Guerra Mundial seria o fato de haver sido extremamente branda. Aduzem os referidos autores que, em sentido comparativo, o Brasil condenou à morte apenas dois de seus militares expedicionários, em caso de estupro seguido de morte, enquanto os Estados Unidos puniam com a morte casos que a legislação brasileira pune de forma muito branda¹⁶⁸.

Entretanto, veio a ser verificado que de nada adiantaria uma postura mais enérgica da Justiça Militar em tempo de guerra. Observou-se que, uma vez encerrado o conflito, foi publicado o Decreto nº 20.082, de 03 de dezembro de 1945, da Presidência da República que concedeu “*indulto aos oficiais e praças que, como parte integrante da FEB, na Itália, haja cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados*”, extinguindo assim a punibilidade da grande maioria dos crimes praticados durante o conflito pelos militares da FEB que eram de deserção simples, de lesões corporais e de homicídio culposo em razão da inobservância do dever de cuidado no manejo dos equipamentos militares¹⁶⁹.

Ainda assim, no único caso em que houve condenação à pena de morte, os dois militares brasileiros que haviam sido condenados à morte por estuprar uma italiana e matar

¹⁶⁶ Cf. DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. O Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. In FREITAS, Ricardo et al. *Memória histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012, p. 104. O Conselho Supremo de Justiça Militar, composto por dois Oficiais Gerais, da ativa ou da reserva, além de um Juiz militar de carreira, egresso, preferencialmente do Supremo Tribunal Militar tinha a competência para processar e julgar os Oficiais Gerais e Coronéis e para julgar as apelações das sentenças de 1ª instância, bem como os embargos interpostos de suas próprias decisões. O Auditor tinha a competência para realizar a instrução dos processos que envolviam as praças, civis e oficiais até o posto de Tenente Coronel, cabendo-lhe ainda o julgamento das praças e dos civis, de forma monocrática. O julgamento dos processos envolvendo os oficiais, até o posto de Tenente Coronel, uma vez encerrada a instrução, ficava a cargo dos Conselhos de Justiça (p. 104-108).

¹⁶⁷ Ibidem, p. 111.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 116.

¹⁶⁹ Cf. DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. Op. cit., p. 114.

seu tio, tiveram suas penas comutadas pelo Presidente Getúlio Vargas que, ao analisar, comutou as penas para atingir 30 anos de reclusão¹⁷⁰.

O final da Segunda Guerra Mundial coincidiu com a redemocratização do Brasil e, por conseguinte, com a promulgação da Constituição de 1946. Sob a égide da nova Constituição à Justiça Militar competia “processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas” (art. 108); ficou estabelecido também que esse “foro especial poderia estender-se aos civis, nos casos, expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares” (art. 108, § 1º). Também foi prevista a existência das justiças militares estaduais compostas por órgãos de 1º grau, os Conselhos de Justiça, e um tribunal especial ou Tribunal de Justiça (art. 124, inc. XII)¹⁷¹.

Outro dado importante, ainda, é a campanha vitoriosa da FEB em solo italiano. Após pesadas perdas, em ataque à Fortaleza de Monte Castelo, que estava guarnecida por uma divisão inimiga bastante qualificada, conseguiu rendê-la, e em operações subsequentes, conseguiu fazer mais de 20 mil prisioneiros¹⁷².

Entre as razões da rendição das tropas inimigas é indicado como um dos fatores preponderantes o fato de os militares brasileiros serem tradicionalmente reconhecidos como respeitadores das regras de Direito Humanitário, ao contrário de militares de outros Estados¹⁷³.

¹⁷⁰ DUARTE, Antonio Pereira, BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli, FREITAS, Ricardo. O Ministério Público Militar e a as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. In FREITAS, Ricardo et al. *Memória histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012, p. 114.

¹⁷¹ Ibidem, p. 117. A Constituição de 1946 assim dispunha sobre a Justiça Militar, em sua redação original, em dispositivos pertencentes ao capítulo concernente ao Poder Judiciário:

“art. 106. São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os tribunais e juízes inferiores que a lei instituir.

Parágrafo único. A lei disporá sobre o número e a forma de escolha dos juízes militares e togados do Superior Tribunal Militar, os quais terão vencimentos iguais aos dos juízes do Tribunal Federal de Recursos, e estabelecerá as condições de acesso dos auditores.

Art. 107. A inamovibilidade assegurada aos membros da Justiça Militar não os exime da obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenham de servir.

Art. 108. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§1º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares.

§2º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra”.

¹⁷² BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 162.

¹⁷³ “Durante a 2ª Guerra Mundial, uma divisão alemã inteira (a 148ª Divisão de Infantaria), depois de cercada e intimada a render-se, escolheu as tropas brasileiras como destinatárias do seu pedido de rendição. Certamente não o fez pelas qualidade bélicas do soldado brasileiro – apesar de já as ter comprovado em Montese e Monte Castelo -, mas provavelmente porque, em meio ao emaranhado de notícias do front, a informação de que as forças brasileiras dispensavam um tratamento condigno aos prisioneiros circulou como alvissareira possibilidade de uma rendição sem represálias ou barbaridades. Quando a fé no fuhrer se esvaiu, o moral ariano foi rapidamente arrefecido pelo virtual alcance da dignidade sob a tutela de um inimigo honrado. Cerca de 15.000 prisioneiros passaram ao controle da FEB”. (CINELLI, Carlos Frederico. *Direito*

Com efeito, se a Constituição de 1934 introduziu a Justiça Militar no Poder Judiciário e sob a égide da Constituição de 1937 o foro militar passou a ser estendido aos civis, a Constituição de 1946 representou a consolidação da Justiça Militar brasileira como pertencente ao Poder Judiciário, haja vista que passara pela dura prova da experiência de sua segunda guerra mundial¹⁷⁴.

1.1.1.5. O Direito Penal Militar nos anos do Regime Militar (os anos de 1964 a 1985)

Com efeito, em 1969, no auge do Regime Militar brasileiro foram promulgados tanto o Código Penal Militar como o Código de Processo Penal Militar que vigem até os dias atuais.

O Código Penal Militar, instituído pelo Decreto Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, é espelho ideológico do natimorto Código Penal comum de 1969 que passou em *vacatio legis* por nove anos e nunca chegou a ser aplicado¹⁷⁵.

Assim como o referido diploma legal, o Código Penal Militar cujo projeto foi elaborado por comissão integrada pelos Professores Benjamim Moraes Filho, como Presidente, José Telles Barbosa e pelo Professor Ivo d’Aquino, em que pese produzido durante um regime de força, apresentou algumas inovações importantes que somente vieram a ser reconhecidas no âmbito do Direito Penal positivo comum brasileiro após a reforma de 1984, como por exemplo, a impossibilidade de se aplicar a medida de segurança para imputáveis.

O Código assim se subdivide: uma Parte Geral e uma Parte Especial. A Parte Especial, por sua vez, se divide em dois livros, sendo o Livro I destinado aos crimes militares em tempo de paz e o Livro II destinado aos crimes militares em tempo de guerra.

O título I da Parte Geral trata da Aplicação da Lei Penal Militar. Adotou o Código os princípios da territorialidade e o da extraterritorialidade, mantendo a máxima de que “o soldado leva em sua ‘mochila’ a lei penal militar de sua Pátria”.

Da mesma forma, no que diz respeito ao conceito de crime militar, o Código adotou o critério *ex vi legis*, conforme o modelo previsto no Código até então vigente, “*com os*

Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 169).

¹⁷⁴ Vale ressaltar aqui que foi sob a égide da Constituição de 1946 as Justiças Militares estaduais passaram a compor o texto constitucional brasileiro como pertencentes ao Poder Judiciário (Cf. GERALDI, Orlando Eduardo. A justiça militar do Estado de São Paulo: os julgamentos em 2ª instância e aspectos práticos. In: _____. *Justiça Militar: aspectos práticos*, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 214-216).

¹⁷⁵ Nunca é demais lembrar que o Código Penal comum de 1969 foi tido como a obra prima do maior expoente do tecnicismo jurídico no Brasil, Néelson Hungria.

aperfeiçoamentos resultantes das doutrinas mais modernas e da construção jurisprudencial de nossas cortes de Justiça Militar”¹⁷⁶.

Interessante ressaltar que, para conceituação do crime militar, de forma nenhuma, deveria ser analisado o crime sob seu aspecto subjetivo¹⁷⁷. É o que se depreende do seguinte excerto da Exposição de Motivos que logo após explicar que foi utilizado o critério *ex vi legis* para conceituar o crime militar, pontua:

*(...)Entretanto, não se faz distinção entre as modalidades dolosa e culposa de um crime, para a sua conceituação de crime militar no comum. Nunca o elemento subjetivo importará, pelo reconhecimento da culpa em lugar do dolo, na descaracterização do crime militar*¹⁷⁸.

No que diz respeito ao tempo de guerra, o Código Penal Militar preferiu não conceituar o “Estado de Guerra” como fazia a legislação anterior, mas preferiu remeter a sua definição à legislação Administrativa Militar, adotando o critério da Norma Penal em Branco.

No que se refere à estrutura analítica do crime militar, o Código Penal Militar de 1969 inovou quanto à disciplina do Estado de Necessidade, adotando a teoria discriminadora (ou diferenciadora), na esteira do Código Penal Tipo para a América Latina (arts. 17 e 30); o Código Penal Alemão (arts. 34 e 35) e o Código Penal Português¹⁷⁹. Segundo a referida teoria, o Estado de necessidade pode ser em alguns casos excludente da ilicitude (justificante) e em alguns casos excludente da culpabilidade (exculpante), residindo a diferença no confronto entre os bens jurídicos tutelados, aplicando-se o estado de necessidade justificante somente se o bem jurídico protegido pelo agente for de valor maior que o bem jurídico por ele sacrificado (art. 42 CPM)¹⁸⁰. No caso de o bem jurídico protegido ser de valor menor ou igual ao bem jurídico sacrificado, observar-se-á o Estado de Necessidade exculpante (art. 39 CPM)¹⁸¹.

¹⁷⁶ Cf. item 4 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Código Penal Militar Comentado: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo, Método, 2009, p. 22.

¹⁷⁷ Cf. item 4 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. Op. cit., p.24.

¹⁷⁸ Tal informação é importante, tendo em vista que a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contrariando a referida lição e mesmo a antiga jurisprudência consolidada daquela mesma Corte (Rec Ext 122706/RJ) vem considerando a intenção, ou conhecimento do agente, a respeito de circunstâncias que a lei determina como condicionantes da existência de crime militar para afastar a competência da Justiça Especializada (RHC 111025/RJ).

¹⁷⁹ Cf. PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 361, v. 1.

¹⁸⁰ Cf. CRUZ, Ione de Souza; AMIN MIGUEL, Claudio. *Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 92.

¹⁸¹ Idem.

Além disso, separaram-se em dispositivos diferentes as figuras do Estricto Cumprimento do Dever Legal e do Exercício Regular do Direito, além de prever entre as causas excludentes da criminalidade a ação do comandante que compele subalternos a executar serviços ou manobras urgentes para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. Trata-se de causa de justificação específica do Direito Penal Militar que, no entender de Telma Angélica Figueiredo, assemelha-se aos *casi particulari di necessità militari*, previstos no Código Penal Militar de Paz italiano¹⁸².

Contrariando o entendimento de Silvio Martins Teixeira, Telma Angélica Figueiredo adverte que, observados os limites legais, é permitido ao Comandante valer-se “*de todos os ‘meios’ violentos, desde uma simples ameaça até o ato de matar, para obtenção dos objetivos legais*”¹⁸³, em razão do referido instituto.

Deve-se ponderar, entretanto, ainda no que concerne à culpabilidade que, na esteira do que preconizava a Parte Geral do Código Penal comum, de 1942, ao levar em consideração a intensidade do dolo e o grau de culpa no art. 69 como circunstâncias judiciais a serem levadas em consideração a fim de graduar a pena, o Código manteve-se leal ao positivismo e, por conseguinte, à estrutura analítica do crime de matriz causal-naturalista¹⁸⁴.

Muito embora diante da Constituição de 1988 pareça ultrapassada a possibilidade de o Juiz aferir a imputabilidade dos agentes com idade superior a 16 anos e inferior a 18 anos, tal medida foi considerada um avanço na época, pois o Código Penal Militar até então vigente entendia imputáveis os agentes com idade superior a 16 anos, desde já¹⁸⁵.

No que concerne à autoria e participação, no concurso de agentes, o conceito militar de *cabeçus*, e, por conseguinte, o agravamento da pena, passou a ser aplicado não somente para o militar que dirigiu a ação nos crimes de autoria coletiva necessária, como também para os oficiais, para tutelar o princípio da hierarquia¹⁸⁶.

No que tange ao capítulo das penas, merecem destaque a criação da pena de impedimento, para o crime de insubmissão, que permite ao condenado cumprir a pena enquanto presta o serviço militar, sujeitando-o a permanecer no recinto da unidade; o

¹⁸² Cf. FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilicitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 116.

¹⁸⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: teoria do crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 57.

¹⁸⁵ Tal medida se justificava, pois muitos indivíduos ingressavam em idade inferior aos 16 anos nas Escolas Preparatórias e adquiriam a qualidade de militar com idade inferior aos 18 anos.

¹⁸⁶ Cf. item 7 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Código Penal Militar Comentado: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo, Método, 2009, p. 23.

alongamento do prazo de comunicação ao Presidente da República de cinco para sete dias no caso de condenação à pena de morte por crime militar em tempo de guerra e a introdução da suspensão condicional do processo¹⁸⁷.

No que diz respeito às penas acessórias, o Código já nasceu com a inconstitucionalidade de dispositivos que permitiam a declaração de indignidade e de incompatibilidade para o oficialato, qualquer que fosse a pena, quando o militar cometesse determinados crimes. Ocorre que, segundo a tradição constitucional brasileira, a perda do Posto e da Patente dos oficiais, desde a Constituição do Império somente era possível em julgamento pelo Tribunal Militar competente, razão pela qual, o que dispõem os artigos 100 e 101 do CPM, muito embora ainda presentes no texto legislativo, nunca foi aplicado.

Na Parte Especial, a primeira constatação que se faz é que no Livro I, entre os crimes militares em tempo de paz, há previsão de crimes contra a segurança externa do país que, por sua própria natureza, são considerados crimes militares, como a espionagem, e que, de forma alguma, segundo a Exposição de Motivos do Código Penal Militar, interferiria essa classificação com a legislação especial de segurança¹⁸⁸.

Digno de nota, no que tange aos crimes contra a pessoa, que o Código incorporou o crime de Genocídio, em termos quase idênticos à legislação especial que rege a matéria, em razão dos tratados de que o Brasil foi signatário logo após a Segunda Guerra Mundial¹⁸⁹.

No âmbito das lesões corporais, duas inovações importantes, que fazem do Código Penal Militar, até os dias atuais, melhor que o Código Penal Comum. A primeira é a possibilidade de desclassificação do crime para a infração disciplinar, que pouparia o pesado encargo de um processo penal para fato de tão pequena monta¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Cf. itens 8 e 9 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Código Penal Militar Comentado: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo, Método, 2009, p. 23.

¹⁸⁸ Cf. item 14 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁹ Cf. item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁰ Cf. item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Op. cit.*, p. 26. Tal previsão legal, no entender de Ronaldo João Roth, seria a consagração legal da aplicabilidade do princípio da insignificância aos casos de lesões levíssimas no Direito Penal Militar (ROTH, Ronaldo João. O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar: Drogas, Crimes Patrimoniais, e Disciplina e Hierarquia” in: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 521). Entendemos que a previsão legal de hipóteses em que se pode aplicar o princípio da insignificância, ou mesmo de seus critérios, desnatura por completo a concepção que Claus Roxin teve ao ser o primeiro a discorrer sobre o instituto no seu *Política Criminal*. Conforme se observa da leitura da referida obra, a criação do instituto do princípio da insignificância é uma tentativa de se flexibilizar o sistema para obter decisões mais justas sempre que for reduzidíssima a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A imposição legislativa de hipóteses ou requisitos para sua aplicação é, portanto, ao nosso entender, mais uma tentativa de

A outra novidade é que para as lesões serem consideradas graves é necessário que o resultado agravante seja considerado previamente pelo agente como possível, ou seja por ele querido, excluindo-se resquícios de responsabilização objetiva que ainda se mantêm no Código Penal Comum¹⁹¹.

Duas outras inovações foram a criação dos crimes de ofensa às Forças Armadas, que vieram criminalizar a apreciação crítica a essas instituições, quando inequívoca a intenção de ofender, tipo bastante característico do momento político em que se vivia, e o crime de pederastia, ou outro ato libidinoso, tendo em vista que a repressão na seara disciplinar demonstrou-se insuficiente para reprimir a prática de tais atos¹⁹².

No âmbito de proteção ao patrimônio é digna de nota a criação do crime de furto de uso, inseriu-se a hipótese de fazer desaparecer coisa alheia nas hipóteses de crime de dano e manteve-se a figura do dano culposo¹⁹³.

No Livro II, que trata dos crimes militares em tempo de Guerra, criou-se a figura da “Traição Imprópria” ao lado do crime de “Traição”, tendo por objetivo não deixar impune perante a lei militar o estrangeiro que, de forma idêntica, favoreça o inimigo¹⁹⁴.

No que tange ao Código de Processo Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969, por ser mais novo que o Código de Processo Penal comum até hoje vigente, apresentou diversos avanços e alguns retrocessos, sendo, atualmente, alvo de inúmeras discussões em razão das reformas realizadas no Código de Processo Penal comum, sobretudo as posteriores e decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁹⁵.

Entretanto, em razão das disputas políticas vividas no país em contrariedade ao regime de força que se instalava e da formação de guerrilhas urbanas e rurais o maior enfoque dado à Justiça Militar e a todo o sistema de Direito Militar não foi relativo ao Direito Militar por

“engessar” o sistema para que ele não funcione segundo seus fins, mas conforme a vontade do Estado casuisticamente.

¹⁹¹ É isso que se depreende da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 209 do CPM: “ §1º Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias: Pena – reclusão, até 5 (cinco) anos.

§2º Se se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

¹⁹² Cf. item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Código Penal Militar Comentado*: Parte Geral. 2. ed. São Paulo, Método, 2009, p. 26.

¹⁹³ Cf. item 18 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. Op. cit..

¹⁹⁴ Cf. item 20 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, in SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. Op. cit., p. 27.

¹⁹⁵ Cf. CARVALHO, Esdras dos Santos. *O direito processual penal militar numa visão garantista: a conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

excelência, mas, sim, às questões envolvendo os crimes da famigerada “Lei de Segurança Nacional”.

Com efeito, pelo ato institucional nº 6/AI – 6, editado em 1º de fevereiro de 1969, subscrito pelo Marechal Costa e Silva, modificou-se a competência para processar e julgar os crimes contra a segurança nacional, atribuindo-a a Justiça Militar¹⁹⁶. Assim, durante o Regime Militar, a Justiça Militar passou a ser considerada responsável por processar e julgar os “subversivos terroristas comunistas”, chegando a tal ponto a atuação como “Tribunal de Segurança Nacional” que afirma-se sua existência somente em Estados que ostentem ditaduras, a fim de conceder privilégios aos militares¹⁹⁷.

Interessante esclarecer que a experiência brasileira não é única no mundo. De uma forma ou de outra, em diversos outros países, as Forças Armadas, em algum momento durante o século XX, assumiram o poder. Nesse diapasão, José López Sánchez adverte que os influxos de militarização da política observados na Espanha fizeram com que as Forças Armadas, que originalmente eram voltadas ao combate com o inimigo externo, passassem a desenvolver-se no sentido de apaziguar as forças existentes no seio do próprio Estado, o que fez com que a Justiça Militar, da mesma forma, se desenvolvesse como aparato para reprimir os insurretos, como instrumento de repressão política e social¹⁹⁸.

Em que pese a Justiça Militar da União estivesse umbilicalmente ligada à repressão dos crimes da Lei de Segurança Nacional durante o Regime Militar, sempre foi outro o depoimento dos advogados que nela atuaram durante o referido regime, no sentido de que a distribuição da justiça é feita de forma serena e independente¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SOARES, Mário Sérgio Marques; QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. O Ministério Público Militar: o Período dos Generais (1964-1985). In: FREITAS, Ricardo et al. *Memória Histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012, p. 146.

¹⁹⁷ Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “*uma consideração especial merecem os Tribunais Militares. Em ditaduras ostensivas ou em sistemas políticos que se qualificam com o eufemismo de ‘governos fortes’, é comum que esses tribunais façam parte do aparato mantido para garantir a impunidade de militares e de seus associados quando praticarem atos definidos em lei como crimes. É igualmente grave, e, além disso, contraditória, a manutenção desses tribunais, inseridos no Poder Judiciário, em sistemas formalmente democráticos. Deve-se ter bem claro, sem qualquer dúvida ou concessão, que situações consideradas normais do ponto de vista jurídico, quando não existe guerra declarada nem há impedimento para o funcionamento regular do Poder Judiciário, a existência de tribunais militares roubando competências da justiça comum é um fator de discriminação, um privilégio injustificável. Esses tribunais, atuando como substitutos do sistema judiciário a que todos os cidadãos estão sujeitos, são, na realidade, garantidores de impunidade ou de punição mais branda para militares violadores de direitos, o que é essencialmente antidemocrático*” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 133).

¹⁹⁸ SÁNCHEZ, José López. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 54.

¹⁹⁹ Cherubim Rosa Filho, nesse sentido, em seu *A Justiça Militar da União através dos tempos: ontem, hoje e amanhã* (cit. anexo VIII), apresenta declarações de diversos juristas, advogados, juízes e políticos reconhecidos no Brasil, como o Ministro Aliomar Baleeiro (Presidente do STF no biênio 1971/1973); o penalista Heleno Fragoso, na sessão de instalação do STM em Brasília, em 15 de fevereiro de 1973, representando a OAB, e em 23 de março de 1979, no discurso de despedida do Ministro Waldemar Torres da Costa; do Advogado Lino

1.1.2. SISTEMA DE DIREITO PENAL BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição de 1988, a competência para o julgamento dos crimes contra a segurança nacional retornou para a Justiça Federal comum (artigo 109, inciso IV, da CR) e, aos poucos, a Justiça Militar, bem como o Direito Militar, passaram a interessar somente aos envolvidos com a vida castrense, saindo do centro das discussões políticas, remanescendo, entretanto, alguns poucos casos em que civis ainda são processados e julgados na Justiça Militar da União por cometerem crimes militares definidos em lei²⁰⁰.

Da mesma forma que as constituições anteriores, a Constituição Cidadã manteve o critério *ex vi legis* para a conceituação do crime militar, impondo como competente para julgar os crimes militares definidos em lei, quando afetos interesses das Forças Armadas a Justiça Militar da União²⁰¹. O mesmo não ocorre no âmbito da Justiça Militar estadual, para o qual prevaleceu o critério *ratione personae*²⁰².

Na mesma esteira da Constituição de 1969, a Constituição Cidadã também apresenta um capítulo referente às Forças Armadas, sendo bastante semelhante no que concerne aos dispositivos previstos naquela, diferindo, apenas à expressão política da segurança nacional²⁰³, prevista naquela Constituição e não na atual²⁰⁴, e a localização periférica em que

Machado Filho, na 1ª Conferência Regional da OAB no Rio de Janeiro, em outubro de 1978; do criminalista Tício Lins e Silva, no jornal do Brasil, em 25 de outubro de 1978; do Advogado Sobral Pinto, na década de 70; do Desembargador Benildes de Souza Ribeiro, no discurso de encerramento do X Congresso Brasileiro de Magistrados, em 20 de setembro de 1986; do Senador, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Jurista Paulo Brossard, no jornal Correio Brasiliense, em 06 de julho de 1987; do decano dos Advogados de São Paulo, Raimundo Pascoal Barbosa, em depoimento de 19 de fevereiro de 2001; do Deputado Aldo Rebelo, Líder do governo, em visita ao STM, em 14 de maio de 2003; e do Deputado Sigmaringa Seixas, em visita ao STM, em 14 de maio de 2003.

²⁰⁰ A mesma situação não ocorre no âmbito das Justiças Militares estaduais haja vista que a interpretação estrita do que dispõe o § 4º do art. 125 da Constituição impõe que somente os militares das corporações estaduais sejam por elas processados e julgados, devendo os processos nos casos de concurso de agentes entre civis e militares serem separados e remetidos à justiça estadual, nos casos em que civis cometam crimes impropriamente militares. Importante, nesse momento, fazer referência ao fato de que a Reforma do Poder Judiciário, introduzida pela EC 45/2004, apenas trouxe alteração de competência à Justiça Militar estadual, mantendo-se a Justiça Militar da União incólume de qualquer alteração no que diz respeito ao texto original de 1988. Sobre o assunto, nos aprofundaremos ao tratarmos do Direito Penal Militar e seus reflexos para a tutela da segurança pública interna.

²⁰¹ “Art. 124 À justiça militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

²⁰² Nesse sentido, o disposto no § 4º do art. 125 da Constituição da República: “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”.

²⁰³ Basta observar que a expressão segurança nacional estava incrustrada no próprio texto constitucional de 1969: **“Das Fôrças Armadas**

Art. 90. As Fôrças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

*Art. 91. As Fôrças Armadas, essenciais à execução da **política de segurança nacional**, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem.*

Parágrafo único. Cabe ao Presidente da República a direção da política da guerra e a escolha dos Comandantes-Chefes.

Art. 92. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei.

Parágrafo único. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Art. 93. As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados.

§ 1º Os títulos, postos e uniformes militares são privativos dos militares da ativa, da reserva ou reformados. Os uniformes serão usados na forma que a lei determinar.

§ 2º O oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

§ 3º O militar condenado por tribunal civil ou militar a pena restritiva da liberdade individual superior a dois anos, por sentença condenatória passada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior.

§ 4º O militar da ativa empossado em cargo público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei.

§ 5º A lei regulará a situação do militar da ativa nomeado para qualquer cargo público civil temporário, não eletivo, inclusive da administração indireta. Enquanto permanecer em exercício, ficará ele agregado ao respectivo quadro e somente poderá ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a inatividade, e esta se dará depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, na forma da lei.

§ 6º Enquanto perceber remuneração do cargo a que se refere o parágrafo anterior, o militar da ativa não terá direito aos vencimentos e vantagens do seu posto, assegurada a opção.

§ 7º A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade.

§ 8º Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos militares em serviço ativo; ressalvados os casos previstos em lei, os proventos da inatividade não poderão exceder a remuneração percebida pelo militar da ativa no posto ou graduação correspondentes aos dos seus proventos.

§ 9º A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”.

²⁰⁴ *“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;”.

as referidas instituições são abordadas no texto da atual Constituição, no título referente à “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, título esse em que estão previstos não apenas os institutos do “Estado de Defesa e do Estado de sítio”, mas também há um capítulo todo referente à “Segurança Pública”²⁰⁵, devendo esta ser instrumento não em benefício de

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c";

IX - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

²⁰⁵“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

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

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e

uma Política de Segurança Nacional, mas de defesa do Estado Democrático de Direito e da ordem constitucional vigente.

Muito embora as modificações no texto constitucional, no que diz respeito à matéria militar sejam relevantes, mesmo porque a análise sistêmica dos dispositivos constitucionais impõe uma leitura bem mais aberta e democrática quanto a esses temas, observou-se, durante os mais de vinte anos de vigência da atual ordem constitucional que, não obstante as Forças Armadas e de Segurança Pública tenham evoluído a fim de cumprir seu papel constitucional e de mostrar-se eficientes frente as demandas de emprego atuais, a legislação penal e processual penal militar manteve-se praticamente a mesma de 1969.

Os Códigos Penal Militar, de Processo Penal Militar e a própria Lei de Organização Militar encontram-se defasados.

Enquanto o sistema penal comum brasileiro apresentou modificações relevantes como a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), alterações diversas na Parte Geral do Código Penal que já havia sido reformada em 1984, e uma reforma ampla do Código de Processo Penal, em 2008, que praticamente reestruturaram o sistema penal comum²⁰⁶, as alterações no sistema penal castrense se resumiam, até 13 de outubro de 2017, praticamente à Lei 8236/91, que retirou dos Conselhos de Tropa o processamento e julgamento dos crimes de deserção e insubmissão, a fim de adequar o processo ao princípio acusatório; a Lei 8.457/92 que estabeleceu nova Lei de Organização Judiciária Militar; e a Lei 9.299/98, que estabeleceu a competência do Tribunal do Júri para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil.

Para se ter uma ideia das incongruências sistêmicas que as referidas reformas apontaram, temos o fato de que, muito embora seja da índole do sistema penal militar ser mais rigoroso que o sistema repressivo comum, o advento da lei dos crimes hediondos e o total esquecimento do legislador quanto ao sistema castrense traz a possibilidade de que um crime de homicídio qualificado ou uma extorsão mediante sequestro seguida de morte impropriamente militares sejam tratados de forma mais benevolente que a mesma hipótese típica prevista no Código Penal comum. Isso porque o legislador tão somente fez menção aos

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei."

²⁰⁶ Citamos aqui apenas algumas das reformas mais significativas do ordenamento jurídico penal pós Constituição de 1988, que o modificaram de forma geral. Explicitar todas as reformas legislativas em matéria penal e processual penal nesses 30 anos de existência da Constituição da República tornaria essa tese tão dotada de anacronismo e desproporcionalidade tanto quanto ficou o referido ordenamento.

artigos do Código Penal comum que seriam qualificados como crimes hediondos, sem fazer qualquer menção aos mesmos crimes da mesma forma tipificados no Código Penal Militar²⁰⁷.

O mesmo “esquecimento” do legislador também foi observado quando da Lei dos Juizados Especiais e, no caso, quase se observou efeito inverso e catastrófico. Olvidou-se do fato de que o Direito Penal Militar, como já pudemos observar, serve de reforço à disciplina que é, muitas vezes, determinada a partir de sanções disciplinares que preveem restrição à liberdade de locomoção, sendo a grande maioria dos crimes militares processados e julgados pelas justiças militares, crimes cujas penas são de pequena duração, muitas vezes são convertidos em prisão e sem a possibilidade de suspensão condicional do processo.

A referida legislação praticamente esvaziaria as justiças militares e tornaria os quartéis um verdadeiro caos, uma vez que possibilitaria, por exemplo, transações penais entre um subordinado desrespeitoso a seu superior (art. 160 do CPM), o que na caserna é inconcebível.

Somente após reiterada jurisprudência do Superior Tribunal Militar²⁰⁸ e gestão junto ao Congresso Nacional é que foi alterada a Lei 9.099/95 no sentido de se lhe fazer incluir o artigo 90-A que estabelece que as disposições da referida lei “*não se aplicam no âmbito da Justiça Militar*”²⁰⁹.

Outro exemplo desse “esquecimento” do legislador que causou muita polêmica durante muitos anos é o referente à posse de tóxicos para uso próprio em área sob administração militar. Com o advento da Lei 11.343/2006 - que instituiu o sistema Políticas Públicas sobre Drogas e prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas; definiu crimes e deu outras providências - veio a lume questionamento quanto à aplicabilidade da referida lei na Justiça Militar, de uma suposta revogação do artigo 290 do Código Penal Militar²¹⁰, bem como da não recepção do

²⁰⁷ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar é pacífica em não admitir aplicação da Lei dos Crimes Hediondos no âmbito do Direito Penal Militar: Cf. HC 0000027-34.2016.7.00.0000/RJ, Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi, j. 07/04/2016, dje 04/05/2016.

²⁰⁸ Nesse sentido a Súmula nº 9 do Superior Tribunal Militar: “A Lei 9.099, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”.

²⁰⁹ Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999.

²¹⁰ “Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

referido dispositivo por, em tese, afrontar o princípio da proporcionalidade, haja vista que o artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas prevê causa de aumento de pena de um sexto a dois terços para a hipótese de os crimes nela previstos ocorrerem em dependências ou imediações de unidades militares²¹¹.

A controvérsia chegou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* nº 103.684/DF, em 21 de Fevereiro de 2010, após muitos julgamentos em *writs* da mesma espécie impetrados em face de Acórdãos do Superior Tribunal Militar que se manteve firme no sentido da manutenção do dispositivo do Código Penal Militar, em que pese houvesse corrente minoritária na referida Corte no sentido de que as condenações criminais pela posse de pequena quantidade de maconha quando os soldados, sobretudo os do efetivo variável, fora da escala de serviço, ofenderia os princípios da insignificância e da proporcionalidade²¹².

No referido julgamento, o Ministro Ayres Britto lançou pá de cal sobre a *questio*, fazendo-se vencedor como relator do feito, por sete votos a quatro, no sentido de que, em razão do princípio da especialidade do Código Penal Militar afastaria a incidência da Lei Antidrogas, que o princípio da insignificância não poderia ser aplicado nos casos de droga apreendida nos quartéis, pois haveria também a ofensa à hierarquia e disciplina, e que o princípio da proporcionalidade também não era ofendido na espécie, pois caberia ao Juiz, dentro dos limites sancionatórios cominados no artigo 290 do CPM, entre um e cinco anos de

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

§ 2º *Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:*

Pena - reclusão, de dois a oito anos”.

²¹¹ “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

*III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de **unidades militares** ou policiais ou em transportes públicos;*

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime”(grifos nossos).

²¹² Entendia o Ministro Flavio da Cunha Bierrenbach que tais condenações ofenderiam os princípios da insignificância e da proporcionalidade e o Ministro Carlos Alberto Soares que tais sentenças seriam contrárias ao princípio da proporcionalidade.

reclusão, dosar a pena que deveria ser mais branda para os casos de posse para uso próprio e mais rigorosa para os casos de tráfico.

Importante salientar, entretanto, que por mais que a matéria esteja pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Militar, quanto à posse, guarda ou depósito de maconha para uso, resta incoerente e desproporcional o fato de a legislação penal militar ser muito mais branda com o militar traficante surpreendido em serviço ou em área sob a administração militar, onde, além da saúde pública, colocam-se em risco os valores da caserna, que a legislação penal comum determina com relação ao tráfico²¹³.

Por outro lado, mesmo quando pretende trazer inovações ao próprio sistema militar o legislador tem sido impreciso. Ora, com o fim de coibir os denominados “esquadrões da morte” compostos por militares que exterminavam tanto delinquentes quanto inocentes em chacinas nas periferias e favelas de grandes metrópoles brasileiras como São Paulo e o Rio de Janeiro, e acontecimentos como o denominado “Massacre de Eldorado de Carajás”, a Lei 9.299/96, cujo projeto foi de autoria do deputado Hélio Bicudo, sob o argumento de que se os crimes dolosos contra vida praticados por militares contra civis fossem julgados pelo tribunal do júri adviria menos impunidade, veio, posteriormente, a não se mostrar adequado.

Primeiro pela celeuma quanto à constitucionalidade da referida norma entre o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal e a dúvida quanto à sua aplicabilidade no âmbito da Justiça Militar da União, questão exaustivamente abordada pela doutrina especializada, sobre a qual não nos aprofundaremos a fim de não fugir ao tema da presente investigação²¹⁴.

Segundo, porque, na prática, gerou o efeito inverso do pretendido. Salvo raras exceções, o julgamento dos policiais militares pelo Tribunal do Júri por homicídios praticados contra civis trouxe ainda maior impunidade aos militares uma vez que impera na população brasileira a máxima de que “bandido bom é bandido morto”²¹⁵.

²¹³ Basta lembrar que o artigo 290 do Código Penal Militar comina a pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão para a referida infração, enquanto o art. 33 da Lei 11.343/ 2006, comina a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

²¹⁴ Sobre o tema vide: ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo, Método, 2015, p. 140-148; ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo*. 3. ed. Belo Horizonte: Líder, 2014, p. 48-50; ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 128-132; CRUZ, Ione de Souza; AMIN MIGUEL, Claudio. *Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51-59.

²¹⁵ Nessa linha de pensamento, dignas de nota são as considerações de Marcello Streifinger: “Os anos se passaram, mais precisamente dez anos da edição da Lei nº9.299/1996, quando, então, foi publicada, ao final de outubro e início de novembro de 2007, no jornal *Diário de São Paulo*, em cinco capítulos (quatro dias consecutivos), matéria intitulada “Licença para matar”, onde se discutia o baixo índice de condenações de Policiais Militares, pelo Tribunal do Júri de São Paulo. A pesquisa restringia-se aos processos existentes no 1º

Terceiro, porque com o advento da Lei Complementar 97/99, que explicitou outras formas de emprego das Forças Armadas, que não se resumem à efetiva defesa externa e prepara para dissuasão, como as operações de Garantia da Lei e da Ordem, o Policiamento de Fronteiras, o denominado “tiro de abate”, e outras atividades subsidiárias, bem como o constante emprego das Forças Armadas Brasileiras em Operações de Paz no Exterior, demonstra-se que os referidos casos necessitam de um órgão julgador muito mais técnico e que tenha conhecimento dos reflexos de suas decisões no seio da tropa.

Em decorrência desse novo emprego das Forças Armadas é que, em 13 de outubro de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.491, que novamente alterou o artigo 9º do Código Penal Militar no sentido de fixar a competência da Justiça Militar da União nos casos de homicídios

Tribunal do Júri da comarca de São Paulo, entre 1996 e 2006, que tinham como réu o Policial Militar em serviço ou agindo em razão da função e como vítima um civil. De um total de 148 processos, 65 deles não chegaram nem mesmo à pronúncia; os demais 83 processos tinham 139 Policiais Militares como acusados, face muitos deles terem pluralidade de autores. Desses 139 acusados, 110 foram absolvidos e 29 condenados. Em síntese, nessa pesquisa, verificou-se que, dos 287 Policiais Militares acusados, 258 foram inocentados e 29 foram condenados, o que representa 10,10% de condenações. Essa mesma matéria, em um dos capítulos, entrevistou Hélio Bicudo acerca do pequeno número de condenações promovidas pelo Tribunal do Júri, em face da saída desses processos da custódia da Justiça Militar do Estado. Nessa oportunidade, Hélio Bicudo atribuiu a pequena porcentagem de condenações ao fato de que a prova era feita na Justiça Militar e que tudo deveria ser instruído na Justiça Comum. Respeitada a posição do renomado jurista, há que se destacar que, quando ocorre um homicídio em serviço na Instituição Militar, onde a vítima é civil, o fato é registrado tanto pela Polícia Militar como pela Polícia Civil, derivando daí dois inquéritos policiais, um militar e um civil, do que se depreende que a apuração é feita tantopor uma como pela outra polícia. Tendo a competência de processo e julgamento sido transferida para o Tribunal do Júri, o IP é remetido para o Júri e não para a Justiça Militar do Estado; as provas periciais são, em sua quase totalidade, produzidas, pelo menos em São Paulo, pela Polícia Científica, instituição independente e que até um passado recente era braço da própria Polícia Civil. Se a prova pericial é produzida por polícia independente, se a prova testemunhal e circunstancial é coletada por outra polícia também independente, se essas polícias, independentes encaminham as provas que coletam diretamente à Justiça Comum, através do IP, como pode a Justiça Militar e sua polícia judiciária (Polícia Militar) perturbar a instrução e comprometer o julgamento dos processos sob custódia do júri? No mesmo capítulo da matéria, Hélio Bicudo, ao ser reperguntado sobre o pequeno número de condenações, abandona o argumento já apresentado e justifica a estatística nos seguintes termos: ‘É aquela história de que lugar de bandido é no caixão ou na prisão. O júri popular absolve porque o povo está dentro dessa ideologia de que bandido tem que ser morto. O promotor amolece também. Porque a promotoria tem também um viés conservador. Então, a maneira de lutar contra o crime não é procurar as causas da criminalidade. É acabar com o delinquente’. Resta então a questão: onde é que está o pretensão corporativismo da Justiça Militar e da Polícia Militar, tão anunciado pelos ‘reclamadores de plantão’, se quando o Militar do Estado, acusado de crime doloso cora a vida de civil praticado em serviço, processado e julgado pelo povo, encontra índice de condenação próximo a 10%? Acerca do mesmo assunto e na mesma matéria, o presidente do 1º Tribunal do Júri, Juiz de Direito Alberto Anderson Filho, questionado sobre o volume pequeno de condenações, respondeu que há que se considerar que a Polícia não é arbitrária em todas as atitudes, sendo que os Policiais que agem de forma incorreta são punidos; nas palavras do Magistrado, o ‘povo sabe que a Polícia age bem e, pontualmente, erra também; alia-se a isso o fato de que quem efetivamente julga não é o juiz, mas o povo que, por sinal, está mais condescendente e, na dúvida, favorece o Policial; certamente, isso não é novidade no mundo jurídico, pois in dubio pro reo, se esse princípio vige até mesmo para o mais facínora dos marginais, por que não pode ser reconhecido para o Policial Militar em serviço? (...) Enfim, de um lado se atribui a baixa porcentagem de condenações à instrução do processo pela Justiça Militar, o que já se mostrou descabido, e de outro ao posicionamento da sociedade que, no julgamento, aproxima-se do Policial Militar; nesse conjunto antagônico, ergue-se com força, portanto, e digna de destaque a conclusão do juiz presidente do 1º Tribunal do Júri de São Paulo de que a Polícia age bem e erra pontualmente, o que fortalece a imagem institucional” (STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 910-911).

praticados por militares contra civis nas referidas hipóteses previstas na Lei Complementar 97/99, ou quando em Operações de Paz no Exterior e, além disso, estendeu a competência da Justiça Militar para julgar crimes previstos na legislação penal comum desde que previstos os critérios *ratione* na forma como disciplinados no referido artigo.

Assim, como foi pontuado, as defasagens vão desde as incoerências dos diplomas com os princípios que regem a Constituição, a legislação comum e os tratados dos quais o Brasil é parte, até a relação da legislação com o atual emprego das Forças Armadas no Brasil e as necessidades sociais. Será, entretanto, justamente no âmbito desse “déficit de legitimidade” que se observarão alguns traços norteadores e justificadores da autonomia do sistema de Direito Penal Militar.

SEGUNDA PARTE – DA LEGITIMIDADE NORMATIVO EXISTENCIAL DO DIREITO PENAL MILITAR

2.1 LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR: LEGITIMAÇÃO EXISTENCIAL DO SISTEMA PENAL MILITAR

Até o último tópico do presente trabalho, procurou-se delinear a construção do sistema repressor militar no Brasil e traçar algumas ponderações quanto ao seu estágio atual a fim de se ter subsídios para o desenvolvimento do tema proposto.

Merece ser reconhecido que a breve resenha histórica e descrição do estado atual da matéria não exaurem por completo as diversas nuances do tema proposto nem reproduzem as soluções práticas que grande parte da doutrina especializada sobre a matéria costuma apresentar. Manuais ou códigos comentados servem melhor a esse desiderato. O viés da presente tese é científico. Pressupõe a análise da legitimidade do ordenamento penal militar em princípio, ou seja, se é justificável a sua autonomia, e, posteriormente, sua reestruturação em princípios, que é o traço diferenciador da erudição de um trabalho científico²¹⁶.

Parafraseando Jakobs, deve-se assinalar “*qual discurso acerca do justo e do injusto, em uma época determinada, é um discurso verdadeiro, a verdadeira expressão da constituição normativa da sociedade*”²¹⁷. Assim, a ciência jurídica coloca o direito posto em contato com o espírito de seu tempo e reconhece ou desconhece a sua legitimidade a partir desse espírito²¹⁸. Nessa esteira, o cerne de nossa investigação é colocar o Sistema Penal Militar brasileiro, principalmente no que concerne à sua autonomia, em contato com o espírito de nosso tempo a fim de reconhecer, ou não, a sua legitimidade.

Nesse contexto, quando se pretende discorrer sobre a legitimidade de um determinado tema jurídico, pretende-se fugir um pouco à ideia tradicional de ciência do Direito, pautada pelo positivismo jurídico, de se analisar o Direito a partir da lei, e trazer à baila uma discussão que, tradicionalmente, estaria a cargo do legislador e, portanto, da política, mas que é fundamental se se pretende analisar o direito não apenas sob o prisma formal, mas material²¹⁹.

²¹⁶ JAKOBS, Günther. *El Derecho Penal como disciplina científica*. Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008, p. 13.

²¹⁷ Ibidem, p. 22, tradução livre.

²¹⁸ Ibidem, p. 23.

²¹⁹ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 123.

Isso porque a determinação do direito decorre de forma dedutivo-indutiva, isto é, analógica, sendo indispensáveis os elementos tanto do dever, como do ser, razão pela qual não é possível a legislação sem elementos do ser, sem se olhar para os casos em que a lei se aplicará²²⁰. E por esta razão que, da mesma forma que Arthur Kauffmann, não adotamos uma visão ontológica do Direito, mas o acompanhamos no entendimento segundo o qual as correntes unilateralmente normativistas do Direito não se sustentam²²¹.

Com efeito, uma ciência é um conjunto de conhecimentos ordenados por princípios. Somente quando determinado dado é submetido aos critérios interpretativos determinados por esses princípios, ordenados reciprocamente, passa a ser considerado científico²²².

Entretanto, não se pressupõe que o ordenamento seja analisado de modo unívoco tendo em vista que não só seus fundamentos sejam estabelecidos por diversas cosmovisões, mas também que os intérpretes tenham diferentes cosmovisões ao debruçarem-se sobre ele, o que possibilitará uma gama de resultados diversos²²³.

Por isso, aqui se defende uma dogmática penal pautada em um sistema penal aberto em detrimento do sistema fechado tradicionalmente concebido a partir de um pensamento apriorístico. O Direito Penal não deve ser discutido apenas sob o prisma técnico da interpretação e aplicação da norma penal, mas deve ser abordado e influenciado sob o aspecto dos fundamentos políticos e filosóficos que o sustentam.

Nessa esteira, pode-se afirmar que discussão científica em matéria penal, ou seja, a discussão crítica do direito posto em relação ao espírito do tempo, é bastante recente na história da humanidade, sendo que até o Período das Luzes, quase que exclusivamente se resumia à prática.

Jakobs observa que entre 1635 e 1758, a grande obra utilizada pelos juristas que se preocupavam em se debruçar sobre as causas criminais era a *Pratica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, de Carpzov, que desenvolvia uma acurada doutrina com base em sentenças do Tribunal do Júri de Leipzig, na jurisprudência italiana, na Constituição Criminal Carolíngia e no Direito Saxão, sem deixar de apresentar elementos de Direito Canônico, da Bíblia e dos Pais da Igreja. A obra de Carpzov podia se ordenar em prescrições que conduzem a um simples juízo de verdadeiro ou falso em que onde verdadeiro seria uma afirmação correta no que diz respeito à boa prática criminal e falso seria uma postura

²²⁰ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 125.

²²¹ Idem.

²²² JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito: Técnica ou Humanística?* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1996, p. 10.

²²³ Ibidem, p. 11.

incorreta, fundamentando-se essas prescrições na “autoridade dos antigos” e nas leis positivas²²⁴.

Com o desenvolver das ideias iluministas, em que todo o conhecimento deve passar pelo crivo da razão, em que tudo se questiona, não se sustentava mais a “autoridade dos antigos” como critério para se aferir se determinada premissa deve ou não ser considerada como verdadeira²²⁵. O humanismo adentra as discussões jurídicas apresentando como importantes duas de suas facetas: a liberação do dogmatismo alienante e a exigência de que o ser humano fizesse uso de sua liberdade para o aperfeiçoamento²²⁶.

Nesse período da história, busca-se romper com a legitimação teológica moral que fundamenta a obediência ao Direito a fim de trazer uma legitimação racional para a obediência dos indivíduos à ordem jurídica²²⁷. Assim, surgiram diversos trabalhos que sugeriram fundamentações para o cumprimento dos ordenamentos postos. Podem ser citados os conhecidos nomes de Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Thomásius, Wolf etc que, durante aquele período de transição entre o Antigo Regime e a Modernidade, produziram célebres obras de envergadura Jurídica e Política²²⁸.

Dentre os autores acima citados, Thomas Hobbes foi o que se tornou mais popular, sua teoria, construída a partir da ideia de que os homens, a fim de não se destruírem no estado de selvageria, delegam ao Soberano o poder de ditar regras de convivência entre si, influenciou a doutrina jurídica daquela época. Para ele, só é legítimo o direito positivo e, em que pese fique explícita a sua dificuldade em explicar por que o Soberano não usará de modo completamente arbitrário o poder recebido, sua doutrina foi bastante aceita, dado o contexto de beligerância e instabilidade em que vivia a Inglaterra (Guerras civis inglesas do século XVII), pois seria melhor submeter-se a uma postura autoritária que a continuação da guerra e da instabilidade²²⁹.

²²⁴ JAKOBS, Günther. *El Derecho Penal como disciplina científica*. Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008, p. 26-27.

²²⁵ Ibidem, p. 29.

²²⁶ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito: Técnica ou Humanística?* Bogotá: Universidade Externato de Colombia, 1996, p. 12.

²²⁷ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 280.

²²⁸ Os referidos autores revolucionaram o Direito, criando as bases da ciência jurídica moderna. Grotius, com o seu “*Iure belli ac Pacis*”, é tido como o fundador do Direito Internacional Público; Thomas Hobbes, com *O Leviatã*, criou as bases da Teoria Geral do Estado; Samuel Pufendorf, com *Os deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as leis do Direito Natural*, traçou as bases para a existência de um Jusnaturalismo Racional; Thomásius, foi o primeiro penalista a discorrer sobre a separação do Direito Penal e da moral e, por sua volta, Wolf lançou as bases da Pandectística Alemã (Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 170-175 e p. 179-186).

²²⁹ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito: Técnica ou Humanística?* Bogotá: Universidade Externato de Colombia, 1996, p. 15.

O Direito Positivo seria, assim, uma construção artificial em razão da necessidade de paz entre os súditos do Estado e, portanto, não se poderia prescrever como deveria ser o Direito Positivo, mas que ele seria condição para uma coexistência pacífica²³⁰.

A teoria de Hobbes é, assim, tida como um dos primeiros exemplos da discussão sobre a legitimação na aplicação do direito positivo e lançou as bases para que, a partir do jusnaturalismo racional contratualista, fosse construído o positivismo.

Digno de nota é que, na sua *Teoria Pura do Direito*, Hanz Kelsen faz um corte epistemológico e separa sua teoria das normas dos fundamentos que legitimam sua obediência pela simples construção de uma norma hipotética superior denominada “norma fundamental”, segundo a qual se legitima a obediência escalonada e hierarquizada de todas as demais normas²³¹.

Assim, se a racionalidade fez com que no início das ideias iluministas os autores passassem a estruturar o sistema jurídico tendo por fundamento uma motivação político filosófica pela qual os cidadãos devem respeitar o direito à mesma racionalidade, sugeriu uma ciência jurídica em que não se preocupasse com os fatores “extralegais”, ou seja, a realidade social, como sua legitimadora sistêmica, concebendo o direito como um sistema autopoietico e, portanto, fechado, que se autoalimenta, distante da realidade. O que, na verdade, é uma falácia.

Certo é, entretanto, que por obra de Feuerbach, os rumos do Direito Penal tomaram um caminho um pouco menos tenebroso em termos humanísticos. O referido autor, em 1799, dadas as influências racionalistas, simplesmente se rebela contra a obra de Carpzov, afirmando que esta é ausente de “conceitos determinados” e de “princípios gerais” e, portanto, seriam carentes de cientificidade. “*Feuerbach ‘vende’ suas reflexões sob o lema ‘precisão em lugar de arbitrariedade’, mas o que realmente quer é ‘razão em lugar de argumentos de autoridade’, um espírito em lugar de muitas histórias*”²³².

Muito embora Feuerbach afirmasse que deixaria sua “ciência” penal distanciada da filosofia, mantendo-a na condição de serva submissa das leis, passou a discorrer sobre que classe de leis em matéria penal deveriam ser positivadas e, em lugar de “ponderar entre si

²³⁰ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito: Técnica ou Humanística?* Bogotá: Universidade Externato de Colombia, 1996, p. 15.

²³¹ Ibidem, p. 16.

²³² JAKOBS, Günther. *El Derecho Penal como disciplina científica*. Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008, p. 39.

afirmações normativas diversas, se trata agora de determinar o que tem validade geral: o que é que pode ser, e em que aspecto, objeto de regulação jurídico-penal?”²³³

Estava, assim, estruturada a gênese da ciência penal, calcada na análise da legitimidade racional das diversas normas de ordem criminal. É claro que, tendo em vista que os espíritos dos tempos mudaram, a cosmovisão dos cientistas do Direito Penal mudou também, com o passar do tempo, como veremos posteriormente.

Entendemos, entretanto, que a mesma construção é válida para se abordar o sistema repressor militar de forma científica. E que a construção de uma dogmática penal militar calcada somente na discussão a respeito da contraposição entre as prescrições normativas do sistema penal militar em relação à Constituição e outros preceitos legais é demasiado pobre, razão pela qual preconizamos que seja observada pela ótica de um sistema normativo aberto e não fechado à realidade e necessidades sociais.

O Direito Penal Militar é considerado, por parte substancial da doutrina, um ramo vítima de desídia acadêmica e que não tem sido abordado de forma aprofundado nem pela Dogmática Penal, nem pela Política Criminal. Disso decorre o fato de que o desenvolvimento, a investigação e a interpretação de normas nesse âmbito ocorram de forma mais lenta e distinta em relação ao restante do Direito Penal²³⁴.

O que se procura, assim, como o presente trabalho, parafraseando Francisco Javier de León Villalba, é responder

(...) como, por que e para que se quer utilizar o Direito Penal em lógica consonância com a sua função no contexto constitucional? E, em última instância, qual é a função da pena no âmbito castrense? Responder a estas indagações ajudará a perfilar os limites de um conjunto normativo especial – se não específico – complementar – se não autônomo – no momento de configurar seus ilícitos e suas consequências jurídicas²³⁵.

²³³ JAKOBS, Günther. *El Derecho Penal como disciplina científica*. Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008, p. 40. Nesse contexto, Feuerbach lança os fundamentos que antecedem à teoria do bem jurídico ao se contrapor à ideia, que precedia ao Iluminismo, no sentido de que o crime era “identificado com o mero descumprimento de deveres impostos, constituindo, de modo indeterminado, uma maldade (*Böseheit*) que infringia a lei e, antes de tudo, a própria vontade divina, o que evidenciava o caráter metafísico e autoritário da intervenção jurídico-penal à época” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90). A referida autora sustentava que somente deveriam ser consideradas criminosas as condutas contrárias a direitos subjetivos individuais, como forma de limitação ao arbítrio do Estado (p. 92). Aponta Ana Elisa Liberatore Bechara que, não obstante a sua inegável contribuição político-científica, Feuerbach não foi capaz de manter de modo pleno seu ponto de partida pois não conseguiu excluir do sentido amplo de delito as infrações de polícia, ou seja, infrações que violam diretamente o direito à obediência do Estado (p. 92-93).

²³⁴ Cf. LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. Prólogo. In _____. (dir.). *Derecho Penal Militar: cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant to Blanch, 2014, p. 13.

²³⁵ *Ibidem*, p. 22-23.

Nesse diapasão, não se pode ter como parâmetro apenas o modelo Estado Democrático de Direito para aferir a legitimidade do sistema penal militar, mas também a própria realidade social, denominada atualmente, sociedade pluralista de risco, ou sociedade complexa pós-moderna, em especial no que diz respeito ao fenômeno sociocultural milenar denominado “guerra” e aqueles que dela participam, a princípio todos os seres humanos, e, em específico os militares.

Nesse contexto social, denominado Sociedade de Risco, Sociedade pós-moderna ou reflexiva, exsurtem diferenciadas correntes filosóficas do Direito na tentativa de melhor explicar o fenômeno jurídico e de dar maior resolução aos conflitos sociais. Dentre elas se sobressaem as teorias dos sistemas, de origem na teoria estrutural-funcionalista de Talcott Parsons, e que tem em Luhmann e Jakobs adeptos conhecidos; as teorias neo contratualistas, que tem em John Rawls o seu expoente atualmente mais conhecido; as teorias argumentativas ou do discurso, cujos jus-filósofos mais conhecidos são Habermas e Alexy, mas não se pode deixar de mencionar Ricoueur, Perelmann, Taylor, entre outros²³⁶.

Entretanto, a crítica que pode ser feita a todas essas abordagens filosóficas do Direito é que padeceriam da mesma inconsistência da teoria do imperativo categórico de Kant, qual seja, o fato de serem teorias procedimentais e, portanto, formais, no que tange à descoberta da verdade e a determinação do que é justo, pois não se pode obter verdadeiros conteúdos a partir da forma²³⁷.

Assim, como já foi pontuado, adota-se um normativismo ponderado, em que a verdade argumentativa é temperada com a experiência, como forma de aliar Direito e Justiça.

Nesse sentido, acompanham-se as palavras de Athur Kauffmann, afirmando que

(...) não voltamos a uma teoria da correspondência pura a um pensamento ontológico-substancial. Atemo-nos à perspectiva processual de que os conhecimentos sobre a normatividade são – também! – produto do sujeito cognoscente. Mas rejeitamos a perspectiva nominalista e funcionalista da pura teoria do consenso, segundo a qual os conhecimentos acerca da normatividade não têm absolutamente nada de objetivo quanto ao conteúdo. A teoria da convergência liga entre si os unilateralismos a uma unidade. Nesta medida pode certamente dizer-se que a verdade também é ‘construída’ (Karl-Otto Apel). De qualquer modo é inadequado falar numa posse da verdade²³⁸.

Com efeito, nessa esteira, em que a verdade é construída, não apenas através do discurso formal, mas por um processo argumentativo em que são importantes dados da

²³⁶ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 409-420.

²³⁷ Ibidem, p. 404.

²³⁸ Ibidem, p. 423.

experiência, isso é, da realidade. Muito embora tenha escrito sua Filosofia do Direito no contexto do Positivismo Neo Kantiano, a construção do túnel do direito em que se observa a relação entre a realidade e a normatividade é uma figura que serve bem ao processo analógico, indutivo-dedutivo, de relação entre dever e ser, que serve para integrar Direito e realidade.

(...) A dedução do conceito de direito desenrola-se abertamente num círculo: ela pretende obter por meio do valor jurídico – daquilo para que o valor jurídico exige vigência – mas só pode definir o valor jurídico, de novo, por referência á comunidade, de que o direito é parte constitutiva. Ainda que não possamos alcançar um conceito de vida comunitária imune ao direito, a nossa dedução não será destituída de valor devido à sua circularidade: ficaria, mesmo assim, provado que a realidade jurídica se pode decompor em duas partes, uma a priori e outra a posteriori – ainda que qualquer dessas partes apenas se possa definir por relação com a outra. Toda a filosofia crítica se desenvolve num círculo em torno do eternamente indecifrável mistério. O método para esta filosofia em círculo será então o de tentar iniciar a construção do túnel partindo de ambos os lados (abordar o conceito de direito por dois lados). Se ambas as galerias do túnel se encontram, então a construção está bem feita. Na filosofia não há outra prova da verdade para além da imanente coerência do pensamento global, está é, pelo menos, um indício de verdade transcendental (...) ²³⁹.

Assim, é importante, ainda, para se aferir a legitimidade do direito não apenas a sua relação com a realidade quando do processo legislativo, mas, também quando da interpretação, de acordo com o caso concreto, quando, por exemplo, “subsume-se” uma “hipótese” típica a um determinado caso ²⁴⁰.

Ensina Arthur Kalfmann que:

(...) Caso e norma são apenas a ‘matéria-prima’ do processo metódico, e não se podem conjurar sem adaptações, pois se situam em níveis categorialmente diferentes. A norma integra-se no dever definido de forma geral-abstrata; o caso, com os seu múltiplos ou indefinidos dados, no indiviso amorfo, ser. Só é possível uma conjugação, após se terem ajustado a norma e caso, a normatividade e os dados empíricos após eles se ‘corresponderem’ (nessa palavra invoca-se a analogia). Por outras palavras: a norma e o caso têm de ser, num ato ativamente conformador, ‘equiparados’ um ao outro (‘teoria da equiparação’, Karl Engisch, Arthur Kaufmann). Esta equiparação nunca é mera descoberta e subsunção, nem apenas interpretação, mas essencialmente decisão e, portanto, uma manifestação de poder. Tal ato de poder não é em si algo de negativo, só que tem de ser argumentativamente sustentado, o que pressupõe que a fundamentação assuma abertamente este fato não o escondendo debaixo dum pretenso conhecimento puramente objetivo ²⁴¹.

²³⁹ RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie. GRGA, vol. 2, p. 58 e seg, 1993. In KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 126 (citado em segunda mão haja vista não haver, nas obras de Gustav Radbruch traduzidas em português, a referida ilustração).

²⁴⁰ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 130.

²⁴¹ Ibidem, p. 130-131.

A incompletude da lei não seria, portanto, um defeito, como entende a concepção positivista, pois possibilita o desenvolvimento do Direito através da interpretação, o que tem motivado trabalhos a respeito da decisão judicial a partir das teorias da argumentação, como o de Robert Alexy²⁴².

Arthur Kaufmann, entretanto, não concorda com a teoria de Robert Alexy por entender que, no caso do processo jurisdicional não se está diante, propriamente, de um discurso racional, pois

(...) o processo jurisdicional é preponderantemente um agir estratégico, não comunicativo, visa, em considerável medida, utilidades, não apenas o conhecimento verdadeiro, pois não está isento de dominação, os participantes estão vinculados à lei, mesmo a uma lei deficiente, o processo não pode ser continuado até ao infinito ou mesmo apenas até à 'exaustão dos argumentos' (quando existirá acordo sobre uma tal exaustão?) e termina mesmo sem consenso, não tem de servir apenas a verdade e justiça, mas também e antes de mais nada, à paz jurídica, pelo que a as sentenças judiciais, mesmo as injustas, transitam em julgado, o que é totalmente impossível num discurso racional²⁴³.

Dessa forma, não só o momento legislativo de criação do direito, mas também o momento judicial de interpretação da norma seria importante, também, à aferição da legitimidade do Direito no contato com a realidade.

Essas ponderações são de grande valia, tendo em vista que, além de se caracterizar por ser um subsistema repressivo autônomo de conformação especial, em geral, o Direito Penal Militar, está intrinsecamente correlacionado à jurisdição militar que tem como traço característico ser a sua composição formada, quando não na sua totalidade (cortes marciais), em sua maior parte (escabinato), por militares como juízes.

Essa análise, entretanto, será tema de capítulo posterior, quando discorreremos sobre o sistema integral de direito penal militar. Por enquanto, passemos à realidade social e constitucional que envolve o Direito Penal Militar.

Sabemos, contudo, que tratar de direito penal militar envolve discorrer a respeito da realidade que envolve os motivos para que tal sistema normativo fosse criado e se mantivesse como estaque ramo do direito. Nesse diapasão, portanto, tendo em vista que as primeiras normas de direito militar, no período de formação dos Estados Modernos, surgiram com a finalidade de organizar, conter e dar efetividade aos exércitos permanentes, a fim de que além de torná-los vitoriosos contra os inimigos não se voltassem contra o próprio soberano,

²⁴² KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 135.

²⁴³ Mas isso não quer dizer que, para o referido autor, o momento judicial não seja importante para a legitimidade do Direito, mas sim, que Arthur Kaufmann não crê na teoria da argumentativo racional tal como proposta por Robert Alexy.

cumpra, nessa primeira parte, analisar a legitimidade sob o prisma da realidade do combate e a natureza das Forças Armadas.

2.1.1. Legitimação do ponto de vista posto – guerra e dissuasão

O sistema penal militar, tal como posto no ordenamento jurídico brasileiro, está firmado sob uma ótica de atuação binária das Forças Armadas e na atuação das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares como forças auxiliares e de reserva do Exército com a finalidade de preservação da Ordem Pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Observa-se que existe um aporte normativo para o tempo de paz e um subsistema normativo estabelecido a ser funcional no período de guerra.

Por um raciocínio indutivo, um leigo poderia afirmar que o objeto primeiro do Direito Militar e, por conseguinte, do Direito Penal Militar, em razão de estar intrinsecamente ligado aos militares é que este serve para dar maior eficiência aos exércitos a fim de que sejam bem-sucedidos na guerra, que seria o momento em que o militar empregaria todos os aprendizados e treinamentos colhidos, às vezes, durante toda a sua existência. Trata-se de uma afirmação incorreta a qual se tem por importante, nesse tópico, objetar. Antes, importa discorrer de forma superficial²⁴⁴ sobre o conceito de guerra e a importância do Direito Penal Militar em relação a este conceito.

Guerra, conceituada de forma simplista como a situação extrema na qual os seres humanos se enfrentam até o ponto de matar-se, é vista como contraposta à ideia de sociedade que justamente é o conjunto de relações pelas quais os seres humanos mantêm-se unidos²⁴⁵.

Trata-se de um tema, entretanto, considerado marginal e lacunoso no saber normal da sociedade, sobretudo quanto a abordagens da filosofia política e da politologia²⁴⁶.

Nesse prisma, Anthony Giddens adverte para o fato de que não obstante as bases da sociologia tenham se aprofundado no estudo do conflito, os sociólogos não estudam a respeito da guerra, talvez por não a considerarem um fenômeno normal. Entretanto, segundo o referido autor, isso se trata de um pressuposto falacioso, pois se trata de uma dimensão das sociedades humanas. Assevera que ao longo da história da humanidade foram observadas cerca de 14.000

²⁴⁴ Faremos um apanhado superficial haja vista que o tema, dos mais ricos e mais nebulosos da cultura humana, mereceria um tratado.

²⁴⁵ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 20.

²⁴⁶ Ibidem, p. 21.

guerras e que, só no Século XX mais de 100 milhões de mortes ocorreram em decorrência delas, advertindo que, na realidade, os períodos de paz é que são extremamente ínfimos²⁴⁷.

O aspecto central da Guerra é o assassinato organizado que tem como objetivo principal a destruição do poder inimigo e a anulação de sua capacidade de resistência²⁴⁸. Ou seja, a guerra é “*um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade*”²⁴⁹. Não sendo incorreto afirmar, parafraseando Clausewitz, que a guerra é a extensão do exercício da política pelo meio da força bélica²⁵⁰.

Trata-se de um fenômeno social que, como a arte ou a ciência, só pode ser compreendido conforme a perspectiva daquele momento histórico em que se vê presente, sendo bastante difícil e obscuro de se conceituar.

Por ser um fenômeno social obscuro e de difícil compreensão, mas que causa diversas consequências para a vida social, o Direito apropriou-se deste fenômeno a tal ponto que somente pode ser considerado guerra aquilo que o Direito diz que é²⁵¹.

Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil não dá um conceito material de guerra, mas indica pressupostos seguros para se ter como configurado o “estado de guerra”.

Assim, no artigo 84, inciso XIX, da Constituição da República dispõe-se que compete ao Presidente da República “*declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional*”.

²⁴⁷ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1192.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 1192.

²⁴⁹ CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 7.

²⁵⁰ “Vemos, pois, que a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, ma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios. O que se mantém sempre característico da guerra releva puramente da especificidade dos meios que ela põe em prática. A arte da guerra em geral, e a do comandante em cada caso específico, pode exigir que as tendências e as intenções da política não sejam incompatíveis com esses meios, exigência seguramente a não desprezar. Mas, por mais poderosamente que reaja, em certos casos, sobre as intenções políticas, isso terá de ser sempre considerado somente como uma modificação destas; pois que a intenção política é o fim, enquanto a guerra é o meio, e não se pode conceber o meio independentemente do fim” (CLAUSEWITZ, Carl von. *Op. cit.*, p. 27).

²⁵¹ Nesse sentido Celso D. de Albuquerque Mello (*Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 107) após fazer minuciosa digressão histórica a respeito da guerra e suas implicações econômicas, políticas e sociais, e discorrer a respeito da dificuldade de se conceituar a guerra esclarece que, com base em Hugo Grotius, que foi seguido por Zouche, Pufendorf, Bynkershoek e Wolf esta é um status, o Estado de Guerra. Com efeito, a definição de Hugo Grotius no sentido de que a “guerra é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força” (GROTIUS, Hugo. *O direito da Guerra e da Paz*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: UNIJUÍ, 2005, p. 72, v. I) é bastante prática, pois evita conceituar algo de difícil conceituação, pois é bastante ampla e não exclui até mesmo a guerra privada, que é mais antiga que a guerra pública, mas que foi considerada como espúria para a doutrina da Guerra Justa.

O Brasil adota, portanto, um conceito formal de estado de guerra, e adequado aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos haja vista que apenas admite ir à guerra em caso de agressão, reforçando como princípios em suas relações internacionais a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos²⁵².

A referida postura constitucional brasileira encontra baliza no Direito Internacional, haja vista que a Carta das Nações estabelece que todos os seus membros deverão evitar em suas “*relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas*”²⁵³, e que somente admite o recurso à guerra como exercício de legítima defesa contra agressão de outro Estado²⁵⁴.

Trata-se de tradição brasileira assumida já no Primeiro Período Republicano quando, na Constituição de 1891, proibiu-se que o País se utilizasse da guerra de conquista e, na Segunda Conferência de Haia (1907), preconizou a igualdade jurídica entre os Estados e recusou tratados e acordos discriminatórios²⁵⁵.

Nessa linha de raciocínio, há quem objete a manutenção de um subsistema de Direito Penal Militar autônomo tão somente para vigor em tempo de paz, uma vez que o recurso à guerra seria, cada vez mais, uma hipótese remota, pois seria muito difícil que os Estados declarassem formalmente a guerra na atualidade e, no caso brasileiro, pelo fato de que a última oportunidade em que o Brasil entrou em guerra declarada já dista mais de meio século, ou seja, na Segunda Guerra Mundial, e a derradeira oportunidade em que efetivamente o país sofreu uma agressão militar estrangeira foi na Guerra do Paraguai.

Como forte argumento nesse sentido, utiliza-se o fato de que em outros Estados que outrora, tradicionalmente, utilizavam-se de uma Justiça Militar em tempo de paz, extinguiram-na, como a França, Portugal, a Argentina, para não falar na Alemanha, que a extinguiu logo após a Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, Anthony Giddens, reforçando a ideia de que a ideia de guerra convencional, formalmente declarada entre Estado não tem sido tão constante, assevera:

²⁵² Vide art. 4, incisos V e VI, da CF.

²⁵³ Art. 2º, 4, da Carta das Nações Unidas.

²⁵⁴ “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais” (art. 51 da Carta das Nações).

²⁵⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 39.

(...) Apenas três dos 80 conflitos que ocorreram em todo o Mundo entre 1989 e 1992 consistiram em guerras entre Estados, caracterizando-se os demais por serem guerras civis (Malcom, 1996). Os conflitos internos parecem estar a aumentar. Das 213 guerras civis que tiveram lugar em 181 anos, entre 1816 e 1997, 104 ocorreram no espaço de apenas 43 anos, entre 1944 e 1997 (Hironaka, 2005). O saldo entre guerras interestados e intraestados sofreu aparentemente alterações significativas²⁵⁶.

Muito embora seja um argumento forte, essa premissa aqui se entende por falaciosa.

Primeiro porque, se há registros, ainda, de declarações formais de guerra, é digno de nota que se o referido fenômeno existe não deveria estar alijado da regulação do Direito, como aliás, não está.

Segundo é que, em que pese o recurso à guerra ser considerado um ilícito internacional, ele não está tão distante da realidade mundial e nem sempre pode ser considerado injustificado, devendo ser rechaçado o pacifismo radical, que é pernicioso, uma vez que abole a soberania dos Estados e se trata de uma ideia vazia e visionária²⁵⁷.

Assevera Arthur Kaufmann que, muito embora o tema não seja objeto de estudo pela maior parte dos juristas e filósofos do direito - talvez pelo fato de a maioria dos filósofos do direito ser formalista, favorável ao respeito ao Direito Internacional e partidária da paz e não da guerra - desde a queda do muro de Berlim não houve um só dia em que, em algum lugar do mundo, não houvesse guerra²⁵⁸, e o referido tema deve ser revisitado como uma das maiores expressões da Sociedade de Risco pluralista que hoje se estabelece.

Muito embora o discurso das nações seja no sentido de que a paz é um princípio inegociável, na prática, não é isso que se observa na contemporaneidade e a experiência militar no século XX pode ser resumida pela transição de confrontos teoricamente limitada a conflitos ilimitados²⁵⁹.

Alessandro Dal Lago explicita como, durante o século XX houve uma evolução no conceito de guerra importante para o Direito. Pondera que, até bem pouco tempo antes da

²⁵⁶ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1194.

²⁵⁷ “*Por eso no se queda en una mera especulación la posibilidad conceptual de un sistema político articulado en vários niveles que no adquiere en conjunto una cualidad estatal, pero que puede asegurar la paz y los derechos humanos a nivel supranacional, incluso sin un gobierno mundial que posea el monopolio de la violencia, y ocuparse a nivel transnacional de los problemas de una política interiro mundial. No obstante, la situación paralisadora de un mundo obsesionado por la violencia constituye un motivo suficiente para burlarse de estaos sueños de un visionario. Y una cosa es certa: por bien fundamentada que este normativamente, la idea de una situación cosmopolita no es más que una promesa vacua, e incluso enganosa, si no va acompañada de indicaciones realistas acerca de un contexto de tendencias favorables en el que pueda inscribirse*” (HABERMAS, Jürgen. *El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido in El Occidente escindido*. Traducción de José Luis López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006, p. 141).

²⁵⁸ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 370-371.

²⁵⁹ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 23.

Primeira Guerra Mundial, os Estados eram preparados para participar de conflitos de duração rápida, em área delimitada e que os combates se davam geralmente entre os militares. Explica, entretanto que, na Primeira Guerra Mundial, pela primeira vez o mundo se viu em uma situação em que se contrapunham sociedades inteiras e na qual, a frustração dos vencidos gerou um sentimento de nacionalismo intenso e militarismo que contribuiu para que fossem criados os regimes totalitários Facista, Nazista e a agressividade japonesa que acabou por culminar na Segunda Guerra Mundial²⁶⁰.

Habermas, nesse diapasão, recorda que a própria Segunda Guerra Mundial foi deflagrada num momento em que a Sociedade das Nações, estabelecida tendo em vista a experiência da Primeira Guerra Mundial, já estabelecia que o recurso à guerra de agressão era um ilícito internacional e isso não impediu que Hitler se utilizasse da guerra de conquista e a deflagração da Segunda Grande Guerra²⁶¹.

É importante ressaltar, ainda, que muito embora a Segunda Guerra Mundial seja uma evolução da Primeira Guerra Mundial em termos políticos, e tenha eclodido, como visto, quando o mundo dizia ilícita a guerra de agressão, aquela trouxe inovações nunca dantes vistas em termos de combate, evoluindo de confrontos vistos, até certo ponto, como estáticos e praticados em campo aberto, conforme as táticas de trincheiras, para confrontos dinâmicos, em que a utilização da aviação e de outras armas como a bomba atômica, trouxeram maior mobilidade ao combate e possibilitaram uma guerra muito mais abrangente e letal, abarcando o mundo todo²⁶².

Se a utilização da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em razão do medo de destruições imponderáveis, trouxe a ideia de que a paz, pela primeira vez na história estivesse ao alcance das mãos dos homens, pelo menos nos discursos entre os Estados isso não se verificou²⁶³.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas que, após 1945, as guerras, na maioria das vezes apenas não denominadas ou declaradas formalmente como tais, geraram número de mortes bastante superior ao ocorrido na Primeira Guerra Mundial²⁶⁴. Podem ser citados

²⁶⁰ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 24-25.

²⁶¹ HABERMAS, Jurgen. La constitucionalización del Derecho Internacional. In _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006, p. 153. No entender do filósofo alemão, a ausência de uma tipificação do crime de agressão e a inexistência de um Tribunal Internacional preexistente que fosse capaz de impor sanções eficazes aos belicistas, muito embora a declarada ilicitude da guerra pelo tratado da Sociedade das Nações, foram fatores que corroboraram para que a escalada nazista tivesse o fim que teve.

²⁶² DAL LAGO, Alessandro. Op. cit., p. 26.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Ibidem, p. 27.

diversos conflitos locais e regionais como aqueles que ocorreram e ocorrem no Oriente Médio, entre Israel e os demais países árabes e entre os próprios países árabes. As guerras coloniais tardias da África e aquelas que ocorreram no próprio contexto da Guerra Fria, como a Guerra da Coreia, do Vietnã, da Angola, do Afeganistão, entre outras²⁶⁵.

No seio da Europa, adverte Alessandro Dal Lago, que a ilusão do “pacifismo” Europeu teve fim em 1989, justamente com a desintegração da antiga federação Yugoslava que desencadeou uma série de conflitos que envolveram todos os Balcãs, e após as diversas coalisões de que participaram, a reboque dos Estados Unidos, no Kuwait em 1991, na Somália em 1993, na Bósnia em 1995, em Kosovo em 1999, no Afeganistão em 2001 e no Iraque, em 2003²⁶⁶.

No momento em que esta tese é redigida, há guerras civis em países africanos, a Síria se vê em guerra civil na qual há nítida ingerência de potências estrangeiras, como os Estados Unidos e a Rússia, o Estado Islâmico domina boa parte do Oriente e da África Saariana – conflito mais ligado ao terrorismo, sobre o qual discorreremos no próximo tópico – e os Estados Unidos, sob o comando de Donald Trump, têm de prontidão uma de suas esquadras com seu armamento bélico apontado para a Coreia do Norte, onde o ditador Kim Jong-Un não cansa de fazer testes de mísseis nucleares de longo alcance em ameaça aos Estados Unidos e outros Estados, como a sua vizinha, Coreia do Sul e o Japão.

Por essa razão, impõe-se que se discuta sobre a guerra sem eufemismos, sobretudo quando se destaca a ofensa aos Direitos Humanos²⁶⁷. Nessa seara, a utilização de armas nucleares e de destruição em massa, bem como o genocídio, são preocupações que devem circundar todos os esforços no sentido de uma regulação eficiente²⁶⁸, mesmo porque a guerra não pode ser confundida com uma matança desordenada²⁶⁹.

²⁶⁵ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 27.

²⁶⁶ Ibidem, p. 28.

²⁶⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Introducción. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 12.

²⁶⁸ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1194.

²⁶⁹ “Na realidade, são combatentes armados quem geralmente morre nas guerras, e não civis. Não devemos, portanto, confundir a guerra com matanças caóticas e aleatórias. Daí a ideia da existência de ‘regras de guerra’ que regulam os limites de actuação legítima das forças em oposição durante e após o combate. Todavia, essas regras são amiúde ignoradas nos cenários de guerra e, nos últimos anos, tem havido um recurso frequente a ataques a populações civis como forma alternativa de conseguir a ‘aniquilação da vontade de resistência do inimigo’. De acordo com Shaw, a decisão de alargar o alvo a civis dearmados representa uma forma ilegítima ou ‘degenerada’ de guerra. Dessa ‘degeneração’ constituem exemplo o massacre de 260 mil civis chineses perpetrados pelos japoneses em 1937, os bombardeamentos de cidades alemãs – sendo de destacar Hamburgo, em 1943, e Dresden, em 1945 – levados a cabo pelos britânicos e o lançamento da bomba atômica, efetuado pelos americanos em 1945, sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki” (GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 1193).

O que se tem observado é que, seja em situações em que há guerra declarada ou não, pelo fato de que, sobretudo nos países ocidentais, as baixas de soldados nacionais tenham um enorme peso político desfavorável aos eleitores, passou-se a utilizar, a fim de protegê-los, a opção de ataques aéreos de grande envergadura que, não obstante protejam as suas próprias Forças Armadas, comumente fazem grande número de vítimas civis entre os cidadãos daquele território atacado²⁷⁰.

Por outro lado, não se pode afirmar que todas as guerras são injustas e desnecessárias. O maior exemplo seria a deflagração da própria Segunda Guerra Mundial, que se deu a fim de conter o avanço de Hitler e dos ‘co-autores de Auschwitz’, pelo qual a satanização da guerra ou dos exércitos pode ser considerada como arrogância dos ignorantes a respeito do assunto, no entender de Arthur Kauffmann²⁷¹.

Dado relevante é que, em nenhum ordenamento do mundo, o militar que mata o inimigo no campo de batalha é considerado um assassino, ou seja, criminoso, e, por outro lado, não há ordenamento em que a deserção em tempo de guerra não seja considerada crime grave sendo, por vezes, apenada com a morte. Ou seja, a morte do inimigo pelo soldado nacional não é considerada crime, visto estar justificada, e a deserção, considerada crime, é apenas, em alguns casos, desculpada²⁷². Isto é, se o recurso à guerra fosse de todas as formas espúrio, não haveria nos ordenamentos dos diversos países a referida diferenciação.

Certo é que logo após os horrores da Segunda Guerra Mundial, o mundo adotou uma postura cosmopolita em suas relações internacionais. Como já tivemos oportunidade de salientar, a Carta da Organização das Nações Unidas alterou de forma substancial o Direito Internacional Público clássico, na medida em que “criminalizou” o recurso à guerra como instrumento a fim de se valerem os interesses dos Estados soberanos, praticamente fazendo letra morta a doutrina da “Guerra Justa”, da forma como foi concebida inicialmente. Hoje isso não mais persiste.

Ocorre que, logo após o fim da “Guerra Fria” o mundo se viu diante da “Guerra do Golfo”, conflito que não apenas revolucionou a concepção do combate, que passou a ser conceituado como “guerra assimétrica” ou “novas guerras”, mas também, fez surgir toda uma nova reflexão no próprio Direito Internacional Público no que diz respeito ao recurso à guerra pelos Estados membros da ONU.

²⁷⁰ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1194.

²⁷¹ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 372.

²⁷² *Ibidem*, p. 373-374.

Sob o pálio da justificação de uma intervenção bélica a fim de se proteger Direitos Humanos – intervenção humanitária – percebe-se que a referida argumentação é utilizada, muitas vezes, a fim de justificar a guerra como extensão da “diplomacia” dos Estados, ressuscitando, de certa forma, a noção da doutrina da “Guerra Justa” a serviço de uma concepção realista a respeito do Direito Internacional Público.

Tal concepção realista (*real polict*) ganha ainda mais corpo quando se constata que, no Pentágono, de uns anos para cá, boa parte dos militares do Alto Comando se pautam por uma concepção *neo clausewitiniana* da teoria da guerra, sob uma nova roupagem dada pela Teoria dos Jogos²⁷³.

Nessa esteira, por mais que seja eticamente insano considerar razoável a utilização de armas nucleares nos conflitos bélicos, resta evidente que ainda não eclodiu uma Terceira Guerra Mundial em razão de as grandes potências não acharem salutar correr o risco de iniciar-se um conflito que resultará na destruição da vida no planeta²⁷⁴.

Não parece que, muito embora seja racionalmente insuperável o discurso Cosmopolita do Direito Internacional Público, baseado na Paz Perpétua de Kant, seja razoável considerar que a Guerra nos seja uma realidade tão distante. Na triste realidade das guerras, o que se percebe é que a ideia de paz é cada vez mais distante e o conceito e a dinâmica da guerra apenas evoluiu para um contexto em que, muito embora sejam mais comuns as situações de combate assimétrico, a guerra convencional, entre Estados, em campo aberto, também denominada “Guerra Total”²⁷⁵, não se descarta.

Com efeito, o próprio Estado brasileiro também pensa dessa forma.

No *Livro Branco da Defesa Nacional*, publicado em 2012, como forma de tornar transparentes as Relações Internacionais do Brasil no que tange ao âmbito da Defesa, o Estado Brasileiro expressa claramente que, muito embora seja signatário de diversos tratados

²⁷³ Cf. RAPOPORT, Anatole. Prefácio. In CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Tradução Maria Tereza Ramos. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2010, p. 54.

²⁷⁴ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 374.

²⁷⁵ Trata-se de concepção de guerra, que segundo Eric J. Hobsbawn, teve, na idade moderna com a Revolução Francesa. Segundo o referido historiador, trata-se da “total mobilização dos recursos de uma nação através do recrutamento, do racionamento e de uma economia de guerra rigidamente controlada, e da virtual abolição, em casa e no exterior, da distinção entre soldados e civis”(HOBSBAWN, Eric J. *A Era das Revoluções – 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33. ed. Rio de Janeiro, 2014, p. 117). Digna de nota, ainda, principalmente em tempos de “primavera árabe” a advertência do conceituado historiador ao contextualizar a relação entre a “Guerra Total” e a “Revolução Francesa”: “Só foi em nossa própria época histórica que se manifestaram as tremendas implicações desta descoberta. Uma vez que a guerra revolucionária de 1792-1794 permaneceu por muito tempo um episódio excepcional, a maioria dos observadores do século XIX não conseguiu entendê-la, mas quando muito observar (e mesmo isso foi esquecido até a opulência do fim da era vitoriana) que as guerras levam a revoluções e que as revoluções vencem guerras de outro modo invencíveis. Somente hoje em dia podemos ver quanto do que se passou na República Jacobina e no “Terror” de 1793-1794 faz sentido apenas nos termos de um moderno esforço de guerra total” (p.118).

internacionais no sentido da garantia dos Direitos Humanos e contrários à utilização da guerra de agressão, é um país rico em recursos naturais e que possui relevo estratégico no cenário internacional, não podendo dispensar a manutenção, aprimoramento e modernização de suas Forças Armadas²⁷⁶.

Nesse sentido, nas próprias palavras do referido documento oficial brasileiro:

Os riscos da não prontidão para a Defesa podem implicar custos maiores. Apesar de possuir uma tradição pacífica, o Brasil não pode ser visto como uma Nação indefesa e desarmada. A defesa Nacional representa o 'seguro' que o Estado brasileiro deve renovar permanentemente, com estabilidade e previsibilidade, de forma a garantir um ambiente favorável ao pleno desenvolvimento econômico e social²⁷⁷.

Ora, o Brasil é apontado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) como a sexta economia do mundo e, muito embora visto internacionalmente como um país amante da paz, não pode prescindir da capacidade militar de dissuasão e do preparo para defesa contra ameaças externas²⁷⁸.

Nesse diapasão, parte do território e, sobretudo, do mar territorial brasileiro, tem assumido grande preocupação como foco de defesa.

A Amazônia, que detém 20% da água doce do mundo, que abriga reservas minerais de toda ordem e a maior biodiversidade do planeta, encontra cerca de 70% de seu território, cerca de quatro milhões de km² sob a soberania brasileira²⁷⁹, é uma das maiores atenções de nossas Forças Armadas.

Além da indiscutível riqueza em termos econômicos, a região amazônica bem como outros tantos ecossistemas do enorme território brasileiro, apresentam relevância ambiental digna de nota, que merece atenção estratégica não só em nível municipal e estadual, mas cuja proteção pode ser incrementada com auxílio da União caso o sistema de defesa brasileiro estivesse com sua estrutura modernizada²⁸⁰.

²⁷⁶ Nesse sentido a mensagem da “Presidenta” (sic) da República, logo na apresentação do *Livro Branco de Defesa Nacional à Sociedade*: “(...) A elevação da estatura internacional do Brasil no século XXI já é uma realidade. Um Brasil plenamente desenvolvido e com presença externa cada vez maior necessitará de adequada capacidade militar dissuasória. Empenhado na construção de uma ordem global mais pacífica e próspera, o Brasil não pode descuidar da Defesa. O Brasil comprovou, na última década, que crescimento e inclusão social devem se reforçar mutuamente. Devemos proteger nossas grandes riquezas que, além de indústrias, agricultura, minérios ou pré-sal, são compostas pelos milhões de brasileiros que têm o poder de nos transformar em uma grande nação” (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 11).

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 235.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 19.

²⁸⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 51.

A seu turno, as águas jurisdicionais brasileiras, que receberam recentemente a denominação de Amazônia Azul, abrigam reservas de petróleo em águas profundas e ultraprofundas evidenciando a necessidade de monitoramento, vigilância e controle marítimos pelo Brasil, que merecem o mesmo nível de cuidado²⁸¹.

Nessa esteira, o fato de o Brasil ser signatário da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que estabelece como Zona Econômica Exclusiva (ZEE) a faixa de 200 milhas náuticas (370 Km) contíguas à costa litorânea brasileira e a possibilidade de pleitear o aumento dessas ZEEs em até uma extensão máxima de 350 milhas náuticas, conforme estudos e determinados critério técnicos, e a circunstância de, muito embora já tenha sido ratificada por 152 países essa convenção ainda não tenha sido aderida por grandes potências mundiais, é mais um exemplo de situação que, futuramente, pode gerar conflitos²⁸².

Isso sem falar em preocupações que, desde os governos militares já eram recorrentes no que tange à projeção do país no cenário internacional, como o Programa Antártico Brasileiro (PROANTAR)²⁸³, aprovado em janeiro de 1982, e o Programa Espacial Brasileiro (PEB)²⁸⁴.

Não que o Estado brasileiro entenda, no que diz respeito à defesa, que deve utilizar-se da guerra como alternativa à diplomacia, mas fica claro que há uma preocupação no sentido de que o País esteja preparado para um eventual conflito de grandes proporções e, mesmo que

²⁸¹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 21.

²⁸² *Ibidem*, p. 45. A Marinha do Brasil, tendo em vista as necessidades de defesa de nosso extenso território, tem tido como um dos seus programas o Pro Sub, que visa a construção e aquisição de tecnologia para construção de submarinos de propulsão nuclear que contribuirá decisivamente para a defesa e preservação dos interesses nacionais na área marítima, sobretudo do Atlântico Sul, e possibilitará a proteção de rotas comerciais, a manutenção da livre navegação, a proteção de recursos naturais na plataforma continental; e o desenvolvimento tecnológico (p. 71). Nesse mesmo diapasão, muito embora recentemente tenha desativado seu Navio Aeródromo São Paulo, tem como prioridades, além do PRO Sub, a aquisição de Corvetas da Classe Tamandaré e de um novo Navio Aeródromo, a fim de modernizar sua Esquadra. Além disso, era projeto da Marinha a criação de outra Esquadra a fim de proteger a foz do Rio Amazonas (já que a que se encontra no Rio de Janeiro prioriza o controle das águas marítimas na faixa que vai de Santos-SP e Vitória-ES). Ocorre, entretanto, que a crise econômica dos anos de 2015-2017 vem inviabilizando tais projetos.

²⁸³ “Naquele mesmo ano (1982), o Brasil adquiriu para a Marinha o navio de apoio oceanográfico ‘Barão de Teffé’, que foi incumbido de realizar um reconhecimento hidrográfico, oceanográfico e meteorológico na Antártica, além de selecionar o local onde seria instalada uma futura estação brasileira. Essa iniciativa resultou no reconhecimento internacional da presença do País naquele continente, o que permitiu, em 1983, a aceitação do Brasil como parte consultiva do Tratado da Antártida” (*Ibidem*, p. 48).

²⁸⁴ “O Programa tem caráter estratégico; permite o monitoramento e gestão do vasto território nacional; contribui para domínio das tecnologias de comunicação e de informação; viabiliza a previsão meteorológica; e possibilita o controle dos tráfegos aéreo e marítimo, al’me do desenvolvimento de novas tecnologias espaciais” (*Ibidem*, p. 49).

este não ocorra, deve a preparação de suas Forças Armadas demonstrar força tal que eventuais inimigos sejam dissuadidos de um eventual ataque à soberania brasileira²⁸⁵.

Assim, não é por menos que o Plano Brasil 2022, elaborado pela Secretaria de Assuntos Estratégicos do Ministério da Defesa, estabeleceu como metas aumentar a capacidade de direção e de atuação conjunta das Forças Armadas, com o acréscimo de seus efetivos em 20% e o estabelecimento progressivo de um orçamento de defesa para equipar e treinar as suas forças militares; vigiar e proteger a totalidade do espaço aéreo brasileiro; participar de operações humanitárias e de paz de interesse do País, no cumprimento de mandato da Organização das Nações Unidas (ONU); aumentar o poder naval brasileiro a fim de controlar as áreas marítimas, negar o uso do mar e projetar poder sobre a terra; vigiar e proteger o território brasileiro, com ênfase na Amazônia e no Centro-Oeste do País; e, capacitar os quadros do Sistema de Defesa Nacional e dotá-lo de autonomia tecnológica²⁸⁶.

Fica bem claro, pelo discurso apresentado no *Livro Branco da Defesa Nacional* que, em que pese o Brasil trabalhar no sentido da “construção de uma comunidade global participativa e inclusiva” que se volta para a paz e a segurança mundiais com o objetivo precípua de estabelecer o bem-estar da humanidade, assumindo uma postura colaborativa com outros estados em que não se deve favorecer posturas conflituosas como as observadas nos séculos XIX e XX, não deve abrir mão de seus instrumentos dissuasórios, a fim de não ficar ao sabor de crises internacionais que possam subjugar sua soberania. Assim, as Forças Armadas brasileiras devem ter um nível adequado de prontidão e modernização, condigno com a estatura econômica, política e estratégica do país, a fim de que tenha seus recursos

²⁸⁵ No *Livro Branco da Defesa Nacional* o Poder Executivo brasileiro é categórico ao afirmar que “embora o diálogo e a cooperação, a ênfase no multilateralismo e o respeito ao direito internacional continuem a ser atributos importantes e desejáveis para o cenário internacional, a recomposição do sistema em base multipolar não é, por si só, suficiente para garantir que, no atual quadro de transição, prevaleçam relações não conflituosas entre os Estados”(BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 31). Mais adiante salienta: “Diante das incertezas em relação aos cenários futuros, o custo do não engajamento do Brasil na construção da ordem internacional nascente pode ser muito maior do que o ônus imediato, que é o investimento na capacitação, no preparo e no desenvolvimento de meios necessários ao exercício da soberania. A consolidação de estruturas de governança multilateral representativas da nova distribuição de poder mundial é um interesse do País que exige coordenação estreita entre as políticas externa e de defesa, na medida em que esta oferece àquela salvaguardas, apoio e logística, imprescindíveis para a atuação do Brasil no cenário internacional. A política de defesa determina a capacidade estatal de oferecer proteção ao povo brasileiro e garantir a não ingerência externa em seu território e em suas águas jurisdicionais, inclusive no espaço aéreo sobrejacente, no leito marinho e no subsolo. A soberania da Nação, sua inserção econômica competitiva e seu desenvolvimento pleno pressupõem capacidade de defesa condizente com as potencialidades e aspirações do País. Apesar das mudanças cada vez mais aceleradas das últimas décadas, a ordem internacional continua a ser determinada predominantemente pela relação entre Estados. A defesa do Brasil diante de potenciais ameaças externas continuam (sic) a ser, assim, a missão essencial das Forças Armadas do País” (Idem).

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 29.

preservados, sua voz e vontade sejam ouvidas e respeitadas no contexto internacional e sua tradição pacífica seja preservada²⁸⁷.

Dotado de uma capacidade adequada de defesa, o Brasil terá condições de dissuadir agressões a seu território, à sua população e a seus interesses, contribuindo para a manutenção de um ambiente pacífico em seu entorno. Ao mesmo tempo, e de modo coerente com a política cooperativa do País, a crescente coordenação dos Estados sul-americanos em temas de defesa concorrerá para evitar possíveis ações hostis contra o patrimônio de cada uma das nações da região. Pela dissuasão e pela cooperação, o Brasil fortalecerá, assim, a estreita vinculação entre sua política de defesa e sua política externa, historicamente voltada para a causa da paz, da integração e do desenvolvimento²⁸⁸.

Ora, tendo por base que é uma falácia o entendimento de que a guerra, conceituada como Guerra Total, seja uma realidade tão distante, justifica-se a existência do Direito Militar em tempo de guerra, que é um subsistema normativo vigente que apenas não se encontra em condições jurídicas de ser aplicado tendo em vista a ausência de declaração formal de Guerra. Não seria a melhor estratégia, nem tão pouco racional, não haver um subsistema destinado a reprimir crimes militares praticados em tempo de guerra esperando-se apenas um eventual conflito para que o legislador se debruce sobre o assunto. Tal postura tornaria ineficaz o referido sistema e traria, além de reflexos para a sua legitimidade, consequências desastrosas não só para a soberania da Pátria, mas, também, possibilitaria que a barbárie se instalasse frutificando a possibilidade de crimes de guerra e contra a humanidade.

Nesse caminho de busca pela paz sem se descuidar de sua defesa, o Brasil tem assinado uma série de Tratados Internacionais nos quais se compromete a tomar certas medidas no que diz respeito à Defesa que, de certa forma, contribuem para a salvaguarda dos Direitos Humanos, como tratados de desarmamento, como o de não proliferação de armas nucleares²⁸⁹, campanhas de desminagem, a Convenção para a Proibição de Armas Biológicas e Tóxicas e sua Destruição, a Convenção para a Proibição de Armas Químicas e sua

²⁸⁷ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 33.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁸⁹ É digno de nota que, muito embora o Brasil seja contrário à utilização de armas nucleares, não prescinde da energia nuclear enquanto combustível. A energia nuclear é vista de forma tão estratégica para o Estado Brasileiro que esta fica sob a responsabilidade da Marinha do Brasil, através do Programa Nuclear Brasileiro que, iniciado em 1979, alcançou total domínio sobre o ciclo de combustível nuclear e fornece centrífugas para as Indústrias Nucleares do Brasil. Além disso, é importante salientar que tal expertise tem sido utilizada na construção do reator para o submarino brasileiro de propulsão nuclear que, cumpre enfatizar, terá somente a propulsão nuclear, tendo todos os seus armamentos convencionais, o que é expressamente permitido pelo acordo assinado com a Agência Internacional de Energia Atômica (*Ibidem*, p. 71).

Destruição (CPAQ) a Convenção sobre a Proibição ou Restrição ao Uso de Certas Armas Convencionais etc²⁹⁰.

Nessa perspectiva, em que pese se autodeclare uma nação pacífica, o Brasil tem assumido uma postura no sentido de modernizar sua área de defesa, sempre buscando dissuadir eventuais intervenções de outros Estados em sua soberania.

A Marinha do Brasil v.g. pretende, nos próximos anos, a recuperação de sua capacidade operacional, revitalizando e modernizando suas estruturas logísticas e operativas; incrementar seu programa nuclear; construir o Núcleo do Poder Naval a fim de substituir gradualmente as plataformas de combate navais, aeronavais e de fuzileiros defasadas; a implantação do Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul, a fim de permitir o controle e monitoramento das águas jurisdicionais brasileiras; a criação e construção do complexo naval da 2ª Esquadra e da 2ª Força de Fuzileiros da Esquadra em local mais próximo possível da foz do rio Amazonas. Para possibilitar essa transformação, pretende aumentar em 80% seu contingente de militares até 2030 e aumentar em 20% o número de trabalhadores civis²⁹¹.

O Exército Brasileiro, à sua volta, pretende se modernizar recuperando sua capacidade operacional, modernizando e revitalizando seus meios de aviação, seus carros de combate; adquirindo embarcações fluviais, viaturas, equipamentos e material de artilharia, armamento individual etc.; aprimorando sua defesa cibernética com a construção da sede definitiva do Centro de Defesa Cibernética; com a ampliação do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (SISFRON); com a criação e implementação do Sistema Integrado de Proteção de Estruturas Estratégicas Terrestres (PROTEGER), o qual, em cooperação com outros órgãos afins, através de ações de prevenção, alerta e proteção destinadas a minimizar os riscos provenientes de sabotagens, ataques terroristas e do crime organizado. A fim de implementar

²⁹⁰ “O Brasil reitera seu compromisso com as seguintes posturas humanitárias: proibição de uso de armas com fragmentos não detectáveis por raios X no corpo humano; proibição ou restrição ao uso de minas do tipo antipessoal, armadilhas e outros dispositivos; proibição de emprego de armas a laser projetadas para causar cegueira; e assunção de responsabilidade e obrigações quanto a resíduos explosivos de guerra” (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 41). Importa fazer referência que, em que pese a existência de diversos tratados internacionais buscando as mais diversas formas de desarmamento (nuclear, armas químicas, biológicas e que causam sofrimentos desnecessários), ao contrário do Brasil, que apresenta vedação constitucional expressa quanto ao uso de armas nucleares, os outros Estados pouco cumpriram do que se comprometeram, sobretudo no que se refere ao desarmamento nuclear. “A progressiva acomodação dos Estados nuclearmente armados de facto e a persistência de doutrinas e alianças baseadas na hipótese de emprego de arma nuclear parecem apontar na direção de um crescente questionamento do ordenamento visado pelo TNP e de uma nova divisão internacional baseada em três categorias de Estados: i) os que possuem armas nucleares, de jure ou de facto: ii) os que não possuem armas nucleares, mas que se beneficiam de sua proteção, sob alianças ou ‘guarda-chuvas nucleares’; e iii) os que, genuinamente, podem ser chamados de não nuclearmente armados” (Ibidem, p. 43).

²⁹¹ Ibidem, p. 194-198.

tais projetos, prevê-se um acréscimo, em 20.000, do atual contingente de militares, que, em 2014, era de 293.334 homens, e de civis, de 7.312, para 22.000, em 2030²⁹².

A Força Aérea Brasileira, a seu turno, pretende se modernizar com modificação da sua gestão organizacional e operacional, adequando as bases aéreas e ampliando pistas alternativas, fundindo e redistribuindo organizações logísticas e administrativas e transferindo unidades aéreas para as Regiões Norte e Nordeste; com a recuperação da sua capacidade operacional, com atividades de treinamento dos pilotos, recomposição do estoque de armamentos e atualização tecnológica de aeronaves como os caças AMX e F-5, patrulha marítima P-95, de transporte e abastecimento, de reconhecimento e de controle e alarme em voo; aprimorar o Controle do Espaço Aéreo, utilizando-se de novas tecnologias; fortalecimento da Indústria Aeroespacial e de Defesa Brasileira, no qual se destaca o projeto do KC-390; o desenvolvimento e construção de Engenhos Aeroespaciais como satélites e seus lançadores. Postula-se para isso, o aumento no contingente militar de 69.093, em 2012, para 105.000, em 2030, e no quadro de civis da Força Aérea Brasileira, de 6.291 para 22.255²⁹³.

A fim de conseguir toda essa transformação na Defesa brasileira e, com a preocupação de constituir uma Base Industrial de Defesa competitiva e consolidada, cada vez mais autônoma e de elevado nível técnico, e tendo em vista que o setor produtivo de defesa possui como especificidades a necessidade de grande escala produtiva e de altos dispêndios em pesquisa e desenvolvimento; grande prazo para a maturação de projetos; curto ciclo de vida de materiais; um mercado fortemente influenciado pelas compras governamentais e exportações com setores altamente competitivos, foi criada legislação específica, a saber: a Lei 12.598, de 22 de março de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa²⁹⁴.

O espírito da referida legislação leva em consideração o fato de que não é razoável que a Base Industrial de Defesa tente, isoladamente, atender as demandas de produtos e serviços militares e procura utilizar toda uma infraestrutura de ciência, tecnologia e inovação mais ampla de forma integrada à Base Industrial de Defesa, atuando em atividades de ensino e pesquisa básica, pesquisa aplicada, desenvolvimento e avaliação, projeto, fabricação, serviços e logística. Leva-se em consideração que o comércio de produtos de defesa é bastante restrito e altamente regulado e que, pelo fato de vários países desenvolverem políticas tecnológica e industrial para sua indústria de defesa, as compras governamentais nem sempre se pautam

²⁹² BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 199-202.

²⁹³ *Ibidem*, p. 204-209.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 212-213.

apenas por critérios técnicos e econômicos, mas também por interesses geopolíticos, o que muitas vezes gera cerceamento e restrição na transferência de vários produtos e tecnologias dos países produtores para os que querem adquirir as novas tecnologias²⁹⁵.

Nesse contexto, é importante ressaltar uma dificuldade do Ordenamento Jurídico Brasileiro que traduz bem a necessidade de um olhar diferenciado por parte do legislador no que diz respeito à seara militar, não apenas no que tange o sistema sancionatório. No Brasil, a mesma lei que rege as licitações e contratações do setor público civil é a lei que as rege no âmbito militar, qual seja a Lei 8.666/93, com a peculiaridade de haver dispensa desta nos casos de guerra declarada; naqueles que afetem a Segurança Nacional, condicionada a decreto do Presidente da República, ouvido Conselho de Defesa Nacional; nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; e a aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força²⁹⁶.

Tal tratamento é criticado haja vista que a referida legislação é por demais burocrática e eivada de publicidade tal que torna o país vulnerável à espionagem em áreas sensíveis e estratégicas da defesa como, por exemplo, o programa nuclear brasileiro²⁹⁷.

Digno de ser ressaltado é que esses entraves não se observam na Espanha, onde o legislador se deu conta das peculiaridades que envolvem o mercado dos produtos de defesa e criou uma legislação específica para a matéria, haja vista que as necessidades de segurança do Estado impõem exceções aos princípios gerais das licitações, uma vez que os contratos no

²⁹⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 212-213.

²⁹⁶ Art. 24, incisos III, IX, XVIII, XIX e XXIX, da Lei 8.666/96.

²⁹⁷ Nesse contexto, destacam-se as dificuldades do Comando do ARAMAR em Sorocaba/SP no que tange à aquisição não apenas de material para o desenvolvimento e aprimoramento das pesquisas quanto à tecnologia exclusiva das ogivas brasileiras, como também, a contratação de cientistas para o desenvolvimento do projeto, hajam vistas, sobretudo, as excessivas formalidades e a grande divulgação dos procedimentos licitatórios que atravancam o desenvolvimento dos trabalhos e o tornam suscetível à espionagem.

âmbito de defesa militar se caracterizam pela necessidade de segurança e sigilo da informação; solução de continuidade e flexibilização dos procedimentos de contratação, devendo ser protegidos de acessos não autorizados ²⁹⁸.

Levando em consideração que “a defesa nacional é de interesse da coletividade e está relacionada aos objetivos maiores do desenvolvimento nacional”²⁹⁹, o Estado brasileiro tem realizado todo um esforço para que haja uma integração maior da sociedade civil com os aspectos da defesa externa. Nesse sentido, o *Livro Branco da Defesa Nacional* é categórico:

A interação entre instituições de pesquisa civis e militares, universidades e empresas é fundamental para integrar os esforços empresariais na criação de polos de alta tecnologia em variadas áreas. No Brasil, os polos tecnológicos estão diretamente ligados a processos de planejamento que envolvem o governo, universidade e empresas, com destaque especial para os incentivos do Estado ao desenvolvimento tecnológico. O Polo Tecnológico de São José dos Campos, na área espacial, pode ser considerado um exemplo de sinergia no setor científico-tecnológico³⁰⁰.

Todo esse esforço em tornar as Forças Armadas brasileiras mais dissuasórias implica investimento por parte do erário público. Nesse aspecto, há de se ressaltar mais uma peculiaridade da realidade fática que impõe uma abordagem especializada do direito, o orçamento em matéria de Defesa.

Há três princípios específicos que devem ser respeitados no que diz respeito à dotação de recursos para o setor de Defesa em relação ao Orçamento: o princípio da estabilidade, pelo qual os recursos alocados não devem, em princípio, sofrer alterações bruscas, tendo em vista que os projetos de defesa são mantidos ao longo do tempo e isso traria atrasos ou possíveis perdas de recursos humanos; a regularidade, pelo qual os recursos devem ser providos de forma sistemática, da forma como foram planejados; e a previsibilidade, o que confere

²⁹⁸ Cf. VILLALBA PÉREZ, Francisca. Singularidades de los contratos del sector público en los âmbitos de la defensa y seguridad. In: OLARTE ENCABO, Sofía; ORZA LINARES, Ramón María. *Estudios sobre derecho militar y defensa*. Navarra: Aranzadi, SA, 2015, p. 161-167. Tal é o tratamento diferenciado que o ordenamento Espanhol dá aos contratos na área de defesa (a abastecimento de equipamentos militares, incluídas suas peças, componentes e subunidades dos mesmos; de armas e munições destinadas ao uso das Forças, corpos e autoridades ligadas à segurança; de equipamentos sensíveis, incluídas suas peças e componentes e subunidades; de obras, abastecimentos e serviços diretamente relacionados com os equipamentos, armas e munições; de obras e serviços com fins especificamente militares e obras e serviços sensíveis) que além de toda uma disciplina quanto às cláusulas que envolvem a confidencialidade (os certames não são objeto de publicidade) e a desnecessidade de motivação e publicidade da contratação, prevê-se que nos casos de eventuais nulidades por vícios de forma ou de dificuldades quanto ao aspecto econômico, esses se mantenham, sendo previstas outras sanções que não a anulação deste, caso se sobrepuerem os interesses de defesa nacional (p. 179-185).

²⁹⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 221.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 219.

segurança ao planejamento de longo prazo para grandes projetos a fim de que, no futuro, seja garantido que estes sejam providos de forma regular e estável³⁰¹.

No conjunto das dotações orçamentárias para a defesa são incluídas despesas com pessoal e encargos sociais, destinadas ao pagamento de pessoal ativo e inativo e de pensionistas; de custeio, que englobam manutenção dos meios, alimentação, fardamento, combustíveis, lubrificantes, munições para armamentos leves, transporte, adestramento etc.; investimento, que envolve a aquisição e modernização de aviões, helicópteros, navios, carros de combate, armamentos pesados, instalações de grande porte, armamentos leves etc.; e o pagamento de dívidas³⁰².

Um dado relevante é que, em razão de sua estrutura hierarquizada piramidal, e a necessidade de manutenção de uma reserva, os gastos com pessoal são bastante diversos que nos demais setores do serviço público. A título de exemplo, vemos que em 2011 os gastos com pessoal oneravam mais de 70% do orçamento do Ministério da Defesa, sendo que mais de 46% dos valores destinados à pasta eram utilizados com o pagamento de inativos e pensionistas³⁰³.

Entretanto, o Brasil, com gastos em torno de 35,4 bilhões de dólares, é considerado apenas o 10º país com maiores gastos com defesa no mundo, ficando atrás de outros países como os Estados Unidos da América (711,00 bilhões), China (143 bilhões), Rússia (71 bilhões), Reino Unido (62,7 bilhões), França (62,5 bilhões), Japão (59,3 bilhões), Índia (48,9 bilhões), Arábia Saudita (48,5 bilhões) e Alemanha (46, 7), e fica bastante aquém de outros países dos BRICS, como a China, por exemplo, no que diz respeito ao crescimento de seus gastos. Para se ter uma ideia, enquanto o Brasil aumentou seu orçamento em 19% na última década, a China teve um acréscimo de 170% em seus gastos³⁰⁴.

Em razão da criação da Segunda Esquadra no Norte do País, há uma tendência do crescimento de gastos com a Marinha do Brasil³⁰⁵.

Nesse passo, é importante ressaltar que é uma decisão constitucional brasileira manter exércitos permanentes como forma de dissuadir agressões externas em suas relações internacionais. É o que se expressa no artigo 142 da Constituição da República quando dispõe que

³⁰¹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 223.

³⁰² Ibidem, p. 229.

³⁰³ Ibidem, p. 223.

³⁰⁴ Ibidem, p. 224-225.

³⁰⁵ Ibidem, p. 230.

*(...) as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem*³⁰⁶.

A simples necessidade de defesa dessas instituições tão caras à soberania nacional e de seu subsistema normativo composto pela Lei Complementar 97/1999, pelo Estatuto dos Militares³⁰⁷, os regulamentos disciplinares de cada uma das Forças³⁰⁸, pela Lei de Mobilização Nacional³⁰⁹, pela Estratégia Nacional de Defesa,³¹⁰ pela Política de Defesa Nacional³¹¹, entre outros diplomas normativos, já, ao nosso ver, diante das peculiaridades da matéria abordada e da sua relevância para a paz social, já justificaria a tutela criminal militar em tempo de paz.

Entretanto, não é esse o entendimento esposado entre muitos doutrinadores e não tem sido esta a decisão política tomada em muitos países do mundo que, quando não extinguem, diminuem demasiadamente o âmbito de incidência da jurisdição militar.

Cumpre, por essa razão, justificar a autonomia do sistema repressivo militar em tempo de paz tendo em vista o aspecto eminentemente dissuasório e de preparo das Forças Armadas.

Assim, ao contrário de muitos países da Europa e da maioria dos países em que a Justiça Militar foi extinta, em que a maior parte dos contingentes militares é de militares profissionais, no Brasil, ainda vige o serviço militar obrigatório, sistema de seleção que visa possibilitar a formação de uma força de reserva a fim de ser convocada de forma rápida em virtude de uma mobilização nacional³¹², muito embora, diante das novas tecnologias envolvidas na defesa, seja cada vez mais necessários o conhecimento técnico e especializado e a profissionalização. Tal sistema de complementação do efetivo das Forças Armadas tem como vantagem o fato de além de possibilitar um crescimento exponencial do contingente quando da mobilização diante de um estado de guerra, possibilitar que o Estado, diante das

³⁰⁶ Grifo nosso.

³⁰⁷ Lei 6880/1980.

³⁰⁸ O Decreto 88.545, de 26 de julho de 1983, aprova do Regulamento Disciplinar para a Marinha; o Decreto 4.346, de 26 de Agosto de 2002, aprova o Regulamento Disciplinar do Exército; e o Decreto 76.322, de 22 de setembro de 1975, o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

³⁰⁹ Lei 11.631, de 27 de dezembro de 2007.

³¹⁰ Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008.

³¹¹ Decreto nº 5.484, de 30 de junho de 2005.

³¹² “Em caso de agressão ao País, o Estado empregará todo o poder nacional, com ênfase na expressão militar, exercendo o direito de legítima defesa previsto na Carta da ONU. A expressão militar do País fundamenta-se na capacidade das Forças Armadas e no potencial dos recursos nacionais mobilizáveis. Este último reflete, além de recursos materiais, a aptidão do Brasil em aumentar rapidamente os meios humanos – recorrendo à sua força de reserva advinda do serviço militar. O Ministério da Defesa coordena o esforço integrado de Defesa Nacional” (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 56).

nossas reconhecidas deficiências sociais, tenha mais um instrumento de inclusão, progressão e coesão social da grande massa de jovens que ingressa nas Forças Armadas a fim de tributar seu serviço à Pátria³¹³.

O serviço militar obrigatório, entretanto, tem como característica o fato de dever ser prestado em curto período de tempo (um ano) e, portanto, eventuais crimes que afetem a disciplina, cometidos pelos soldados nesse período, devem ter resposta rápida e clara, da Justiça, sem o que, afastar-se-ia qualquer viés preventivo geral que a pena, ou a própria persecução penal, deveria ter. Sendo assim, entendemos que o fato de haver uma justiça especializada é um diferencial para que tais condutas sejam julgadas de forma ágil a fim de que sejam sentidas as consequências das decisões no seio da tropa, sendo, portanto, eficaz.

Além disso, fato é que nessa tarefa dissuasora das Forças Armadas, o Brasil tem por imprescindível a manutenção de exércitos permanentes, o que está intrinsicamente ligado à gênese do Direito Penal Militar moderno uma vez que não se tem como salutar a qualquer governante civil que dirija determinado Estado não ter sob tutela o crime de motim.

No dia a dia da tropa, além de deverem ser tutelados, de maneira célere, valores, dentre outros, como a hierarquia e a disciplina, a constante exposição dos militares à riscos decorrentes dos próprios treinamentos que, necessariamente devem ser arriscados, haja vista a necessidade de aproximar a realidade do treino ao momento do conflito efetivo, necessitam de um sistema especializado a fim de imprimir, de forma célere, justa e eficaz o correto julgamento da criminalidade decorrente desse contexto.

Como já dizia Clausewitz, a guerra é um espaço em que os militares devem fazer manobras por vezes consideradas simples, mas que, em razão das dificuldades, do alto nível de fricção, tornam-se extremamente difíceis de se executar. A melhor forma de “azeitar” esse sistema é ter uma tropa experiente. Principalmente oficiais. Entretanto, não há outra forma de oferecer experiência aos militares que a própria guerra, o que é impossível a um exército de um país que vive grandes períodos de paz.

Assim, Clausewitz sugere duas alternativas a esse problema: ou se utiliza um pequeno número de oficiais, mesmo de outra nacionalidade, já experimentados em outras guerras em

³¹³ Conforme o *Livro branco de defesa nacional*: “o serviço militar permite que a Nação forme cidadãos com espíritos cívico, dando-lhes valores de solidariedade e justiça, princípios éticos e sentimento de nacionalidade. Significa, também, um importante instrumento de afirmação de unidade nacional. (...) Afora sua inegável eficiência como elemento de integração social o objetivo precípua do serviço militar é o provimento de quadros para as Forças Armadas, capacitado a desempenhar convenientemente tarefas específicas no campo de batalha(...)” (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 78).

seus contingentes³¹⁴, ou são realizados treinamentos o mais próximo possível da realidade, com vistas a criar não só resistência física, mas também psicológica. Tais treinamentos, em muitas oportunidades, ocasionam lesões corporais e até mesmo a morte.

Entende-se, entretanto, que muito embora já se justifique a autonomia do sistema repressivo castrense da forma como está posta, o cenário social mundial advindo e as novas formas de emprego das Forças Militares, após a Guerra do Golfo, vem impondo uma nova abordagem do sistema de Direito Penal Militar que, embora se veja ainda deficitário, aponta para o seu reforço, não só sob o ponto de vista ético legitimador mas sob o ponto de vista de eficácia; é sobre isso que discorreremos no tópico posterior.

Assim, tendo em vista que a realidade social bem como a Política do Estado Brasileiro na área de defesa impõem observar que o país não prescinde de Forças Armadas e que elas devem estar preparadas, em franca relação com a sociedade, que se faz no Brasil de forma bem mais significativa que em muitos outros países, a fim de agir a qualquer momento fazendo que outros Estado temam atacar a soberania nacional (dissuasão), tem-se, ainda, por importante haver um subsistema de Direito Penal Militar para o tempo de paz.

2.1.2. Legitimação do ponto de vista contemporâneo – Operações de Paz, GLO, Policiamento de Fronteira e Ações Subsidiárias

Como visto, o pós Segunda Guerra Mundial, principalmente em razão dos crimes contra a humanidade praticados pelo Nazismo e em virtude da utilização de armas de destruição em massa, cujo maior exemplo foram as bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos da América sobre Hiroshima e Nagasaki, impôs-se que os Estados se colocassem em conferência de paz, da qual decorreu a criação da Organização das Nações Unidas foi produzida a Carta das Nações Unidas na qual a Sociedade Internacional propugna a substituição do Direito Internacional de Coexistência pelo Direito Internacional de Cooperação, com o afã de propiciar maior possibilidade de obter a paz mundial³¹⁵.

³¹⁴ Tal recurso era comumente utilizado nos séculos XVIII e XIX. A história do Brasil explicita que, por pelo menos em duas oportunidades, utilizou-se de oficiais estrangeiros nos momentos de crise bélica. É salutar recordar que o Conde Lippe, contratado para organizar as Forças Armadas Portuguesas, era alemão. Por sua volta, o Lorde Cochrane, por ter lutado nas guerras napoleônicas foi contratado pelo Imperador Dom Pedro I para liderar nossa improvisada Armada quando das guerras de Independência.

³¹⁵ Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76. Segundo o referido autor, esse Direito Internacional de Cooperação, estabelecido pela Carta das Nações apresentaria as seguintes características: “1. A Comunidade internacional compõe-se de estados soberanos unidos por denso sistema de relações institucionalizadas. Os indivíduos e coletividades são considerados sujeitos de direito internacional, mesmo que desempenhando papéis limitados; 2. As pessoas oprimidas por potências coloniais, regimes racistas e governos estrangeiros têm direito de exprimir livremente os seus interesses; 3.

Observa-se, entretanto, que em que pese os esforços no sentido de estabelecer a paz entre os Estados e que o receio das grandes potências mundiais ao entrar em guerra destruíam a própria humanidade em razão da utilização de armas nucleares tenha impedido de ocorrer uma Terceira Guerra Mundial, fato é, como já esclarecido, que desde o fim da Segunda Guerra Mundial até os dias de hoje, não se impediu que ‘guerras’ ocorressem, que militares entrassem em combate e muita gente morresse em razão deles.

Isso ocorre uma vez que a guerra, bem como sua arte, assim como a sociedade, as relações internacionais e as relações políticas são fenômenos bastante complexos e dinâmicos, em constante evolução³¹⁶. Pode-se dizer que a utilização das armas para a imposição de alternativas políticas tem sido, mesmo se dizendo os Estados pacíficos, um recurso continuado e normal que se apresenta em um quadro político de evolução, cujas justificativas são as mais variadas como o controle de recursos, controle de resistências locais ou redefinição de influências. Tais guerras, por vezes, sequer chegam a ser declaradas e sequer são assim conceituadas, mantendo-se nebulosas³¹⁷.

Ora, se até o fim da Guerra Fria, como observado, ainda se preconizava o combate simétrico, isto é, entre Estados, e os movimentos pacifistas ganharam bastante força tendo em vista a possibilidade evidente de erradicar-se a vida humana através de um combate nuclear, parecendo que as leis militares não mais teriam qualquer valor, o que se tem observado é que nenhum Estado pode prescindir da utilização de alguma força armada, ou disciplinada, para resolver alguns tipos específicos de problemas³¹⁸.

Por essa razão, desde 1949, por ocasião da Conferência Diplomática que estabeleceu as Convenções de Genebra, o Direito Internacional Humanitário vem se utilizando do termo “conflito armado”, internacional e não internacional, a fim de tutelar os direitos humanos em cenários em que haja combate³¹⁹.

Alastra-se a aceitação de *standards* e valores que se opõem ao princípio da efetividade do poder; 4. O Direito internacional é renovado por novos procedimentos, regras e instituições; 5. Princípios jurídicos inovadores orientam os membros da comunidade internacional permitindo o estabelecimento de direitos anteriormente inexistentes. Atenção especial é concedida ao tema dos direitos humanos, razão pela qual proliferam regras que compelem os Estados a respeitar direitos fundamentais; 6. A preservação da paz, a promoção dos direitos humanos e a busca da justiça social são prioridades da coletividade de Estados; 7. As desigualdades interindividuais e interestatais dão origem à apropriação e distribuição dos recursos naturais e dos territórios” (p. 76-77).

³¹⁶ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1194.

³¹⁷ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 36.

³¹⁸ RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 24, ano XXXIX, p. 17, nov. 2014.

³¹⁹ Conforme os artigos 2º (comum) das Convenções de Genebra e cada um dos artigos 3º de cada uma das referidas convenções.

Com efeito, desde 1949, prenunciava-se uma verdadeira revolução nas características dos combates, cada vez mais constantes, cujo marco histórico, “divisor de águas”, foi a Operação “Tempestade no Deserto”, realizada sob a liderança dos Estados Unidos da América no Iraque, também conhecido como “Guerra do Golfo”, em que se passa a observar um novo conceito de combate denominado “novas guerras” ou guerra assimétrica, e que vai ter seu apogeu na denominada “Guerra contra o Terrorismo”, eclodida a partir de 11 de setembro.

Nesse sentido, Alessandro Dal Lago, de forma bastante perspicaz, não exagera em afirmar que:

O estado de guerra perdura há cerca de quinze anos e, sobretudo, parece destinado a continuar por tempo indefinido. Mas somente após os ataques de 11 de setembro de 2001 amplos setores da opinião pública ocidental tenham se dado conta de que a guerra, ainda que seja com um novo formato, reapareceu no horizonte da vida cotidiana³²⁰.

Com efeito, em 1999, quando a OTAN interveio na Servia sem autorização da ONU, consolidou-se a ideia de que o Ocidente exerce o direito nas relações internas e internacionais dos países e tem os meios militares para se fazer respeitar, pondo de fato as bases para a criação de um poder militar global legitimado pelas circunstâncias³²¹.

De certa forma, tanto aqui, como ali, são apresentadas novas realidades nas quais as Forças Armadas de diversos países são utilizadas a fim de preservar sua soberania, de uma forma ou de outra, por vezes sem disparar um único tiro, por vezes entrando em combates, às

³²⁰ “El estado de guerra perdura desde hace ya quince años y, sobre todo, parece destinado a continuar por tiempo indefinido. Pero solamente tras los ataques del 11 septiembre de 2001 amplios sectores de la opinión pública occidental se han dado cuenta de que la guerra, aunque sea con un nuevo formato, ha reaparecido en el horizonte de la vida cotidiana” (DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 28).

³²¹ Ibidem, p. 31. Nesse contexto, assevera ainda o referido autor que: “Decir que la guerra assume hoy un poder o rol constituyente significa, por eso mismo, que es fuente de nuevas relaciones sociales y políticas. Para empezar, junto a las instancias políticas nacionales e internacionales, se desarrollan poderes de hecho nuevos o, si bien existentes desde hace tiempo, capaces de transmutar sus funciones y ámbitos de intervención. Entre los primeros se incluyen las alianzas ad hoc que han combatido en las guerras de Afganistán e Irak y que se erigen de hecho como el brazo armado de la ‘legalidad internacional’, con o sin mandato de la ONU, así como la proyectada fuerza europea de intervención rápida, cuyo radio de acción ciertamente no se limita a Europa. Entre los segundos podemos citar a la OTAN, que en 1999 intervino en Kosovo. En ambos casos estas estructuras militares, sean ocasionales o estables, tienden a promover o imponer nuevas formas de organización política y económica en los países donde intervienen. Considérese la presencia militar en Afganistán, el protectorado militar de la OTAN en los Balcanes meridionales (Bosnia, Kosovo y en sentido lato, Macedonia y Albania) o la coalición que está gestionando la ocupación de Irak. Esta última está compuesta por las fuerzas armadas de los Estados que abatieron al ejército iraquí en el 2003 y por contingentes militares de diversos países europeos, asiáticos y sudamericanos con deberes de policía militar. En realidad, estas fuerzas no son más que la vanguardia armada de una estructura de ocupación que comprende un gran número de fuerzas privadas de seguridad, de empresas (la mayoría americanas) con tareas de reconstrucción de las infraestructuras y del sistema económico, y de agencias públicas o semipúblicas occidentales (servicios secretos, expertos en seguridad, ONG etc.) que gestionan los aparatos civiles, desde los sistemas educativos a los bienes culturales. Se trata por consiguiente de una ocupación política, económica y administrativa cuya única fuente de legitimación se encuentra en la victoria militar de 2003” (p. 33-34).

vezes tão cruentos como os de uma guerra total, sem que, no entanto, haja declaração formal de guerra.

Trata-se da guerra assimétrica, que seria aquele conflito no qual uma parte dotada de uma força implacável trata de destruir um inimigo infinitamente mais débil que combate de maneira não convencional e irregular³²². Tal forma de combate cria muitos danos colaterais a civis ao se bombardear os locais em que se pensa estarem terroristas ou guerrilheiros, geralmente em áreas urbanas, o que realimenta o terrorismo ou a guerrilha em razão do ressentimento dos inocentes com as mortes e lesões de seus familiares³²³.

Pode-se afirmar que, muito embora haja aqueles que se contraponham ao conceito das “novas guerras”, afirmando que se trata de contexto que já ocorria antes mesmo de ser criado o conceito de “guerra total”, que as novas configurações das relações internacionais no âmbito militar vão demonstrando, cada vez mais que os “nacionalismos” regionais e o próprio terrorismo tendem a solapar as estruturas de boa parte dos Estados Nação construídos na modernidade a ponto de desconfigurar a rede de relações internacionais, sobretudo em certas regiões da África³²⁴.

Isso não quer dizer que se está diante do fim do Estado Nação, tendo em vista que a maioria dos países do mundo ou o são ou aspirem sê-lo, mas que existe uma tendência de solapamento de um grande número de Estados sobretudo pelo fato de que se tem constatado que não adianta impor artificialmente que certa sociedade seja democrática e tenha uma economia de mercado se esta não possui instituições fortes em que a sociedade civil e a legalidade sejam realidade³²⁵.

Discorrendo sobre esse tema, Philippe Delmas, muito embora tenha entendimento de que as “guerras assimétricas” passarão a “guerras totais”, assevera que:

[a guerra total] (...) É a consequência, principalmente, da multiplicação de estados artificiais que só são fundamentados na vontade de um grupo de se diferenciar de vizinhos ao quais se opõe. O antagonismo é a própria substância desses Estados. Seus membros ‘não sabem mais o que construíram juntos, mas o que eles mais detestam em conjunto’. Os efeitos desastrosos da utopia jurídica aparecem então claramente. A constituição que ela desenha não é mais a das dependências, mas a das comprovações. Não são mais as fronteiras que são traçadas, mas as linhas de combate. A transformação de minorias em Estados faz passar, definitivamente, suas confrontações da crise política à guerra aberta. A guerra total volta a ser na realidade o modelo da guerra civil. É a recusa absoluta de uma certa ordem e a convicção

³²² DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 50

³²³ Idem.

³²⁴ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1190.

³²⁵ Ibidem, p. 1187.

íntima de que a sobrevivência está em jogo. Não se trata de retocar, mas de recompor o retrato do mundo. Temos muita dificuldade em apreender esse fenômeno. Uns falam da desordem das nações, outras da Idade Média de ‘certas guerras de civilização’, todas referências errôneas. A falha dos Estados muda a natureza da guerra. As guerras medievais, ditas de civilização, se desenrolaram em intermináveis carnificinas, mas foram conduzidas por visões políticas fortes. Dos oito séculos de guerra, entre o islã e a cristandade, às guerras de sucessão do XVII ao XVIII na Europa, dos seculares conflitos sino-mongóis às não menos seculares guerras sino-chinesas, a visão política é onipresente. Leiam *Os três reinos*, romance espantoso dos quatro séculos de funcionamento da China a partir do século III, para medir as conseqüências dos objetivos políticos nesses combates intermináveis. As guerras atuais, as que giram e se acumulam na orla, são guerras de sobrevivência mais que de poder. Elas não são fruto de um cálculo de poder, mas o impulso de um medo vital. A falha dos Estados fraciona as sociedades em campos reagrupados. Cada um procura sua segurança em seus iguais, segundo uma lógica inexorável de clãs e de tribos. Que essa lógica seja a da razão, da religião ou do território, não muda nada. É o mesmo mecanismo de medo da diferença que só a morte exorciza. Sudão, Libéria ou Angola, na África, Azerbaijão, Tadjiquistão ou Afeganistão na Ásia Central, Bósnia, na Europa, Sri Lanka, no Sul da Ásia, são exemplos típicos dessas guerras totais.³²⁶

Evidenciou-se, em princípio na África e na Europa do Leste, e agora no Oriente Médio, uma espécie de conflito de baixa intensidade, essencialmente semelhante à guerrilha de pequena escala e à guerra civil, bastante profícuo em causar agressões a direitos humanos, sobretudo pelo fato de expor civis aos combates³²⁷. Tais espécies de combate teriam o condão de, cada vez mais, privatizar os meios de violência, que se tornaria ainda mais insidiosa, solapando a capacidade de o Estado dar segurança e paz aos seus cidadãos nas suas próprias fronteiras³²⁸.

Tal tendência, em nosso entender, reforçaria a tese de Ulrich Beck no sentido de que a sociedade e os próprios Estados da Sociedade Internacional, cada vez mais se uniriam em cooperação no sentido de, assim como tem ocorrido com a questão ambiental e a questão nuclear, envidar esforços no sentido de minorar o temor de suas populações quanto aos conflitos, sendo esses conflitos armados e os riscos deles, também, uma oportunidade de mercado, em que a sensação de segurança é o objetivo a ser alcançado³²⁹.

Como já afirmado, esses conflitos de baixa intensidade, ora por conta do terrorismo (velho e novo)³³⁰, ora por conta de nacionalismos e guerras de independência, e até mesmo

³²⁶ DELMAS, Philippe. *O belo futuro da guerra*. Trad. Sérgio Guimarães. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 228-229.

³²⁷ Ibidem, p. 1200.

³²⁸ Ibidem, p. 1205.

³²⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jimenez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001, p. 52-56.

³³⁰ Entende-se por terrorismo “os ataques perpetrados sobre civis para persuadir um governo a alterar as suas políticas ou para enfraquecer a sua posição no mundo” (GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1208). Há distinções quanto as velhas e novas formas de terrorismo. Pode-se afirmar que o antigo terrorismo, com grau de violência bastante menor, estaria ligado à

em razão do crime organizado ocorrem em diversas partes do globo, se não modificando a forma de emprego das Forças Armadas, certamente impondo que se adaptem a essa nova condição.

Nesse diapasão, muito embora ao redor do mundo o número de conflitos envolvendo Estados tenha diminuído desde 1992, observa-se um crescimento exponencial de situações em que forças armadas entre dois grupos organizados, em que nenhum deles seria Estado, participam e se atacam. Observa-se nos atos de terrorismo, na guerra cibernética e no narcotráfico situações de conflitos violentos que atemorizam as populações e colocam em risco a própria existência dos Estados e que ao mesmo tempo impossibilitam traçar limites definidos entre o que é “soldado e o que é civil e entre tecnologia militar e tecnologia de consumo, além de um aumento do número de conflitos nos quais o que está em jogo é menos o território e mais os recursos econômicos, crenças religiosas ou ideais de segurança coletiva”³³¹.

Assim, na denominada Guerra contra o Terrorismo vemos algumas mudanças no contexto social dignas de nota as quais podemos sintetizar com a expressão “primado da segurança” pelo qual se justificam a exasperação dos controles de fronteiras, dos aeroportos, dos locais de trânsito; o incremento nas ações de inteligência; suspeita quanto aos estrangeiros – para não dizer xenofobia quanto aos de origem norte-africana e islâmica; e o estabelecimento de campos de prisioneiros como os de Guantánamo, do Iraque e do Afeganistão³³².

Não se pode minimizar a eficiência do terrorismo no que tange à possibilidade de causar dano à sociedade em relação ao poderio militar institucionalizado. É dado pouco conhecido, mas relevante, que o ataque às “torres gêmeas” liderado por Bin Laden e seus

movimentos separatistas decorrentes de nacionalismos de Estados, sobretudo da Europa. São exemplos dessa antiga forma de se fazer o terrorismo o ETA e o IRA. Sua estrutura organizacional é notadamente bastante rígida e estratificada. As novas formas de terrorismo, cujos maiores exemplos são os de grupos como o da Al Qaeda e, mais recentemente, o Estado Islâmico, possuem muito maior agressividade, fazendo, em seus ataques, em geral, grande número de vítimas. São estruturados em células se comportando de forma semelhante às ONGs e tem raízes ideológico religiosas (p. 1205-1213).

³³¹ RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 24, ano XXXIX, p. 25, nov. 2014. Mary Kaldor, discorrendo sobre o tema, enfatiza que, durante a ‘Guerra Fria’, os conflitos e a manutenção dos Estados periféricos eram financiados pelo aporte financeiro das duas grandes potências em conflito. Com o término do referido período, encerrou-se esse ‘financiamento’, passando os conflitos a serem ‘financiados’ pelo crime organizado, sobretudo decorrente do terrorismo religioso, do narcotráfico e de toda a sorte de contrabandos (KALDOR, Mary. Reestructurar la seguridad global para el siglo XXI. In STIGLITZ, Joseph E. *La búsqueda de la seguridad: protección sin proteccionismo y el desafío de la gobernanza mundial*. Buenos Aires: Paidós, 2013, p. 166).

³³² DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 29.

companheiros ocasionou muito mais mortes americanas que os ataques realizados pelo Japão em Pearl Harbour³³³.

Nessa esteira, Michael Pawlik é categórico em afirmar que o terrorismo seria mais uma forma de fazer a guerra pois se utiliza da violência como forma de impor uma vontade política; violência essa que tem cada vez mais se utilizado de meios de destruição massiva³³⁴. Exemplificando com o atentado de 11 de setembro, afirma que este teve todos os efeitos de um ataque aéreo grave, podendo contabilizar perdas econômicas da ordem de 40 bilhões de dólares, sem contar com o gasto de 80 bilhões de dólares de custos diretos e indiretos com ações como a paralização do tráfego aéreo, a queda dos mercados no mundo inteiro, as crises das companhias aéreas e de seguros, com as novas e custosas medidas de segurança que se utilizaram a partir de então, sem falar nas milhares de vítimas civis³³⁵.

Ainda, segundo o referido autor, o terrorismo se aproximaria muito da guerra total cuja confrontação política é mundial, é “(...) uma guerra total em que desaparece a distinção entre o público e o privado, desta maneira, o militar e o civil, entre combatentes e não combatentes”³³⁶.

Ao tratarmos do sistema penal militar americano, discorreremos mais aprofundadamente sobre a questão do terrorismo e das medidas levadas a cabo em decorrência dos atentados de 11 de setembro, mas o que se pode desde já afirmar é que sob o argumento da declaração formal de “Guerra contra o Terrorismo” no governo Bush, continuada pelo governo Obama, os Estados Unidos da América trataram de transformar o mundo todo em um grande teatro de operações que foi denominado por Alessandro Dal Lago, de Guerra-Mundo, que estaria impregnada de um racismo contra o qual é necessário os cidadãos lutarem³³⁷, fazendo-se da estereotipização racial o traço sistêmico da política antiterrorista dos Estados Unidos³³⁸.

³³³ MODROÑO, Luis Carlos Medina. Terror y criminología en el Siglo XXI: Nevas Formas de Guerra. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 179.

³³⁴ PAWLIK, Michael. El terrorista y su derecho sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno. In _____. *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal. Trad. Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo López Barja de Quiroga, Teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 147-148.

³³⁵ Ibidem, p. 149.

³³⁶ “(...) una guerra total en la que desaparece la distinción entre lo público y lo privado, de esta manera, lo militar y lo civil, entre combatientes y no combatientes” (Ibidem, p. 149).

³³⁷ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 54.

³³⁸ HARRINGTON, Christine. Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 55.

A guerra contra o terrorismo é o exemplo mais candente dessa nova forma de combate que envolve o conceito das “novas guerras”, mas não é o único que exprime uma mudança de perspectiva no emprego das forças militares em situações em que se evidencia o esfacelamento da Segurança Pública interna.

Nesse contexto, Laurent Bonelli discorre sobre a obsessão com segurança que existe desde os anos 1980 em França. Alerta para o fato de que o país sofreu uma grave crise econômica entre os anos 1975 e 1999, dada a impossibilidade de o setor industrial francês concorrer com o de outros países, que resultou no fechamento de 44% dos postos de trabalho no referido setor da economia³³⁹.

Observa-se um quadro bastante desfavorável à segurança pública francesa principalmente entre os cidadãos mais jovens das classes menos favorecidas que, com seus comportamentos, entram em tensão com os sistemas normativos de uma sociedade que se vê cada vez mais degradada pelo fato de não trazer perspectivas de vida em que se tenha *status* ou orgulho por ser trabalhador, em razão da derrocada da indústria³⁴⁰. O que se tem cada vez mais, naquele país, é um distanciamento da juventude em relação às políticas de esquerda, aliás, o que se retrata é um antagonismo, pois para os jovens, suas bandeiras não representam nada. Para a juventude, o sentimento para com a política é de indiferença, quando não de desconfiança, haja vista a sensação de incompetência política coletiva nos bairros onde moram³⁴¹.

A Política de Segurança Pública francesa, diante do caos, sobretudo na periferia de Paris, resolveu adotar uma postura conservadora na qual a Lei de Orientação e Programação sobre a Segurança Interior (LOPS), criada em 1995, que tem por objetivo recrudescer a repressão à pequena criminalidade está no seu cerne³⁴².

³³⁹ BONELLI, Laurent. Obsesión securitaria e ilegalismos populares en Francia, desde principios de 1980. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 104.

³⁴⁰ Ibidem, p. 111.

³⁴¹ Idem. *La atención de los políticos a la cuestión de la delincuencia es reciente. Data de finales de 1970, cuando bajo la etiqueta de ‘inseguridad’ opera por primera vez – concretamente, con el informe Peyrefitte – una separación entre el ‘delito’ y el ‘miedo al delito’. Esta ruptura es decisiva en la medida en que la política, si bien no puede hacer nada contra la delincuencia (que permanece como responsabilidad exclusiva de la policía y la justicia), puede actuar sobre el ‘sentimiento de inseguridad’ de sus administrados. Se trata del punto de partida de la especialización de ciertos cargos electos y la configuración de este tema como un bien político*” (p. 120).

³⁴² Ibidem, p. 123. “El enfoque urbano global que defendían cedió lugar a una visión más directamente centrada en la seguridad ciudadana, fijada como segunda prioridad del Gobierno después del empleo. Por otro lado, en el primer Gobierno de Jospin no existió la figura de Ministro de la Ciudad. Éste no será nombrado hasta un año más tarde, en marzo de 1998, y permanecerá condenado a una existencia casi simbólica frente a sus colegas del Ministerio de Interior y Justicia. Los responsables socialistas hacen hincapié, por lo tanto, en la idea que la primera causa del crimen es el propio criminal. Para los partidos de izquierda, éste es el fin de la idea de que el crimen responde a causas sociales: se sabe que la delincuencia no tiene ninguna naturaliza social

Certo é que a própria esquerda francesa vem defendendo concepções encampadas por economistas neoclássicos no sentido de que o preço do possível castigo deve exceder os benefícios esperados do delito ao defender o recrudescimento da pena, pois a grande quantidade de jovens delinquentes franceses teria o sentimento de que pode agredir e fazer mal sem que tais atos teriam consequências, sendo imperioso criar a ideia de que todo delito e toda a agressão deve ser punida, assim, como preconiza, de certa forma a teoria das Broken Windows de G. Kelling e J.Q. Wilson³⁴³.

Esta visão de repressão a todos os delitos coloca a polícia no centro da vida social, modificando os equilíbrios existentes entre judiciário, escola, serviços sociais, impondo uma tarefa generalista para a qual a polícia, como instituição, não estaria adaptada, haja vista que trabalha elegendo objetivos e as formas de consegui-los, e impõe que fique no seu vértice hierárquico o trabalho judicial e de inteligência. Isso impõe que, em termos de segurança pública, a fim de que, em razão de não haver como abranger todos os crimes, os agentes vivam num conflito sobre que condutas investigar e cometem ilegalidades em razão de um número cada vez maior de normas³⁴⁴.

Laurent Bonelli aponta que a política francesa repressiva em termos de segurança pública ocasionou um acréscimo em cerca de 90% dos casos criminais levados ao *Parquet* e à polícia e provocou que o judiciário ficasse sobrecarregado e muito mais moroso, impondo que se reconheça que tais instituições não acompanharam o desenvolvimento social e devem buscar outros métodos de gestão a fim de melhor atender a sociedade, fazendo com que se busque a justiça não como um sistema racional, mas como um integrante da racionalidade do sistema de segurança pública³⁴⁵.

E adverte, citando as palavras de um comissário de polícia Francês:

É como no Kosovo. Estamos em missão de pacificação. Já que conservar as zonas altas, como os militares guardam os cumes... Assistimos a uma espiral em material utilizado. Já não servem os flash-ball, que era o último desde há 5 anos. Os guardiões têm granadas “rompe-cercos”, que são granadas com grande efeito expansivo e utilizam fuzis. As balas são de borracha, em efeito, mas para a polícia, o principal se conseguiu: apontar para alguém com um fuzil. Antes, estas armas coletivas não saíam dos paíóis, ou bem para missões muito pontuais e precisas (...)

y que revela la responsabilidad individual de cada uno; así informaba Christophe Careshe, diputado socialista de París. Estos esquemas presuponen que los adolescentes de los barrios populares habrían hecho la elección fácil, racional y duradera de un sistema de valores ‘delincuentes’ contra el de valores convencionales, en que el trabajo ocupa el papel central” (p. 124).

³⁴³ BONELLI, Laurent. Obsesión securitária e ilegalismos populares en Francia, desde principios de 1980. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 124-125.

³⁴⁴ Ibidem, p. 128-129.

³⁴⁵ Ibidem, p. 131-132.

Isto vem dos slogans de controlar o terreno a qualquer preço, ainda que em inferioridade de condições, inclusive em inferioridade de pessoas. E claro, tem que mantê-lo (Comissário da Divisão de Segurança Pública, 51 anos. Entrevista, abril de 1999 – tradução livre)³⁴⁶.

Como visto, pelo menos do ponto de vista dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, o Brasil não vê a guerra de agressão como um braço viável em sua política internacional e muito embora seja inequívoco que o Brasil apresenta, como Estado, riquezas que avultam interesse no cenário nacional, a manutenção, treinamento e contínua modernização das Forças Armadas Brasileiras afim de dissuadir o inimigo são tarefas bastante onerosas para os cofres públicos, que necessitam de uma administração mais inteligente com o objetivo de diminuir o seu impacto econômico.

Assim, para além do viés tradicional de emprego das Forças Armadas, “guerra – dissuasão”, a realidade política e social brasileira, bem como o preceito constitucional estabelecido no artigo 142 da Constituição da República, tem imposto às Forças Armadas um emprego diverso do tradicional, para o qual o sistema do Código Penal Militar, vinculado ao binômio “tempo de guerra – tempo de paz”, não está adaptado. Tratam-se das Operações de Paz, das ações de Garantia da Lei e da Ordem, do Policiamento de Fronteira e das Ações Subsidiárias, sobre as quais discorreremos nesse tópico.

Repisa-se, contudo, que esse não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. A “nova (des)ordem” mundial, utilizando da expressão de Nuno Rogeiro³⁴⁷, estabelecida após a queda do muro de Berlim, impôs uma nova realidade ao emprego das Forças Armadas, que veio a reboque do combate assimétrico cuja concepção se apresenta a partir da “Operação Tempestade no Deserto” na Guerra do Golfo.

Se a formação militar tinha como escopo a sua utilização na luta contra outro Estado, no contexto da sociedade complexa em que se vive, também denominada Sociedade de Risco, tem sido exigido da formação do militar, tanto das Forças Armadas como dos órgãos de segurança pública, que tenham treinamento adequado para

(...) atuar no combate à criminalidade, na minimização dos problemas sociais, no campo humanitário, na defesa do meio ambiente, na proteção de novas formas de submissão social, como o tráfico de drogas, a imposição de uma nova ordem junto à

³⁴⁶ “Es como en Kosovo. Estamos en misión de pacificación. Hay que conservar las zonas altas, como los militares guardan las crestas... Asistimos a una espiral en el material utilizado. Ya no sirven los flash-ball, que era lo último hace a 5 años. Los guardián tienen granadas rompe-cercos, que son granadas con gran efecto expansivo, y utilizan fuziles. Las balas son de caucho, en efecto, pero para el policía, lo principal está conseguido: apuntar a alguien con un fusil. Antes, estas armas colectivas no salían de las armerías, o bien para misiones muy puntuales y precisas (...) Esto viene de las consignas de controlar el terreno a cualquier precio, aunque en inferioridad de condiciones, incluso en bajo personal. Y claro, hay que mantenerlo. (Comissário de la división de Seguridad pública, 51 años. Entrevista, abril de 1999)” (Ibidem, p. 134).

³⁴⁷ ROGEIRO, Nuno. *Guerra em Paz: a Defesa Nacional na Nova Desordem Mundial*. Lisboa: Hugin, 2002.

comunidade por grupos criminosos ou insurretos, sem esquecermos, ainda, de possíveis movimentos separatistas, terroristas etc.³⁴⁸

Assim, o que caracteriza o emprego moderno das Forças Armadas e Forças de Segurança Pública nos diversos países do planeta é a vulnerabilidade e assimetria no combate, exemplificadas por ataques cibernéticos e terroristas que causam forte abalo aos Estados e suas economias³⁴⁹.

Nesse diapasão, no que concerne ao emprego das Forças Armadas, e tendo em vista a sua destinação constitucional prevista no artigo 142, a Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, readequou-o às necessidades de um Brasil carente de recursos e em que os entes federativos estaduais reconhecidamente dispõem de meios insuficientes para garantir a segurança pública e outras atividades de assistência social e de defesa civil.

Além de dispor sobre as normas gerais para organização, preparo e o emprego das Forças Armadas, no que diz respeito à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, estendeu-se a atividade das Forças Armadas a outros âmbitos, usando-se a alcunha de atividades subsidiárias, como se essas atividades não fossem todas, de forma mediata, atividades de defesa do Estado e das Instituições Democráticas inerentes aos fins de existência das próprias Forças Armadas, tendo em vista que o combate mudou com a evolução social.

Ou seja, as Forças Armadas passam a ter um emprego anômalo que o da sua destinação precípua, qual seja, o de auxiliar e, muitas vezes, exercer a atividade policial quando esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

Nessa oportunidade, a autoridade competente transferirá o controle operacional dos órgãos de segurança pública à autoridade encarregada das operações que deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional³⁵⁰.

³⁴⁸ RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 24, ano XXXIX, p. 22, nov. 2014. Essa realidade é retratada também por Alejandro Carlos Espinosa (Justicia Militar em México. In: *Diritto e processo. Antonio Palazzo (a cura di)*. Anuário giurídico. Universtá degli Studi di Perugia, anno 2011, p. 104.

³⁴⁹ RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. Op. cit., p. 23.

³⁵⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 160. Por ser uma atividade anômala à função primeira das Forças Armadas que é a Defesa da Pátria, a atividade policial de Garantia da Lei e da Ordem impõe treinamento específico para tal desiderato. O Centro de Instrução de Operações de Garantia da Lei e da Ordem (CIOPGLO), subordinado à 11ª Brigada de Infantaria Leve, em Campinas-SP, é a escola criada pelo Exército Brasileiro a fim de estudar e pesquisar o tema (p. 159).

O parágrafo único do artigo 3º do Decreto nº 3897, de 24 de agosto de 2001, considera esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistente, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional, e o artigo 5º, do mesmo decreto, entende que há presunção de possibilidade de perturbação da ordem, quando ocorrem eventos oficiais ou públicos, tais como os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiros, e a realização de pleitos eleitorais.

Um dos exemplos concretos mais conhecidos da atuação das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) é a sua atenção conjunta em comunidades como a Favela da Maré e o Morro do Alemão, na capital do Estado do Rio de Janeiro, a fim de tirar tais complexos do domínio do tráfico de entorpecentes e milícias, garantindo a segurança da população, até que fosse preenchido o efetivo das Unidades de Polícia Pacificadora³⁵¹.

Ainda, dentro das fronteiras brasileiras, há outras atividades de altíssima relevância para as quais as Forças Armadas têm sido empregadas, muito embora não estejam previstas no texto constitucional.

Uma delas é o policiamento na faixa de fronteira, realizado na faixa imaginária de 150 km contígua à fronteira do Brasil com os países limítrofes com o fito de auxiliar as formas de segurança pública na repressão de delitos “transfronteiriços”, como tráfico de drogas e de armas, contrabando e descaminho, e crimes ambientais, em que os militares do Exército podem realizar atividades de patrulhamento, revista de pessoas e veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves, bem como prisões em flagrante delito³⁵².

Além do policiamento de fronteira, a Lei Complementar dispõe sobre outras atividades subsidiárias que ficarão ao encargo das Forças Armadas Brasileiras como a segurança de autoridades nacionais ou estrangeiras em missões oficiais, a cargo das três forças; a orientação e controle da Marinha Mercante no que concerne à defesa nacional, a segurança da navegação aquaviária, condução e formulação de políticas nacionais que digam respeito ao mar, a implementação e fiscalização do cumprimento de leis e regulamentos, no mar e nas águas interiores e a cooperação com órgãos federais na forma de apoio logístico, de inteligência e de instrução, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional que se derem no mar, águas interiores e em áreas portuárias, todas a cargo da Marinha do Brasil; a formulação

³⁵¹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 166.

³⁵² Art. 16-A, da Lei Complementar 97/1999.

de políticas nacionais que digam respeito ao poder militar terrestre, a cooperação com órgãos público federais estaduais e municipais, na execução de obras e serviços de engenharia e a cooperação com órgãos federais a fim de oferecer-lhes apoio logístico, de inteligência, de comunicação e de instrução na repressão de delitos de repercussão nacional e internacional, a cargo do Exército Brasileiro; e, a orientação, coordenação e controle das atividades de aviação civil, promoção da segurança da navegação aérea, contribuição na formulação e condução da Política Aeroespacial Nacional, estabelecimento, equipagem e operação da infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária, operar o Correio aéreo nacional, cooperação com apoio logístico na repressão de crimes e o “tiro de abate” e prisões em flagrante delito quando da hipótese de tráfego aéreo ilícito³⁵³.

Cabe, ainda, às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República, participando, entre outras ações de caráter geral, em campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse nacional³⁵⁴.

Assim, nos últimos anos, são diversas as atividades cívico-sociais das quais participaram as Forças Armadas a fim de minorar as dificuldades sociais no território brasileiro, dentre elas podemos citar o Projeto Soldado cidadão que tinha como escopo qualificar social e profissionalmente os recrutas que prestam o serviço militar, complementando sua formação cívica e cidadã e facilitando seu ingresso no mercado de trabalho, ao instruí-los não apenas com conhecimentos técnicos básicos de combate, mas com noções básicas de empreendedorismo, ética e cidadania³⁵⁵; participação fundamental das três Forças no Programa Calha Norte³⁵⁶; Programa Forças no Esporte³⁵⁷; Projeto Rondon³⁵⁸.

³⁵³ Lei Complementar 97/1999, arts. 17, 17-A e 18.

³⁵⁴ Cf. art. 16 e parágrafo único da Lei Complementar 97/1999.

³⁵⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 170.

³⁵⁶ O referido programa visa a promoção da ocupação e do desenvolvimento ordenado e sustentável da região norte do rio Amazonas com a construção de rodovias, portos, pontes, escolas creches, hospitais, aeródromos, poços de água potável e redes de energia elétrica. A três Forças participam do programa da seguinte forma: A Marinha do Brasil controla, dá segurança à navegação fluvial e apoia comunidades por meio de assistência à população carente. O Exército Brasileiro implanta infraestrutura básica nos municípios da região, unidades militares, conserva rodovias, faz a manutenção de pequenas centrais elétricas e da infraestrutura dos Pelotões Especiais de Fronteira. A Força Aérea Brasileira, além de implantar unidades militares, apoia por meio de transporte aéreo logístico as ações do projeto, manutene aeródromos e dá apoio às comunidades, com evacuação aeromédica (Ibidem, p. 171). É importante frisar que sem a participação das Forças Armadas não só o exercício da Soberania do Brasil sobre o território amazônico mas também a própria organização da sociedade civil e a realização de atividades econômicas naquela área seriam comprometidas. Em nossa curta, porém enriquecedora, experiência como membro do Ministério Público Militar naquela área nos deparamos com localidades nas quais a única presença do Estado Brasileiro é algum contingente das Forças Armadas. Exemplo disso são os Pelotões de Fronteira que tivemos a oportunidade de visitar naquela região. Em localidades distantes como São Gabriel da Cachoeira, além da defesa externa, que no ano de 2014 sempre estava as voltas com ameaças de ataques das Farc, a 2ª Brigada de Infantaria de Selva, gloriosa Brigada Arigbóia, realiza funções de policiamento de fronteira

Além dos referidos programas, observam-se ações subsidiárias das Forças Armadas em diversos âmbitos. Dentre eles, podem ser citadas, como atividades exercidas pela Marinha do Brasil a fiscalização do cumprimento da legislação de segurança do tráfego aquaviário; o controle do ensino profissional marítimo e portuário, que contribui para a formação do pessoal da Marinha Mercante brasileira; o zelo e a criação de um Sistema de Segurança do Tráfego Aquaviário (capitania dos portos e agências), que salvaguarda a vida humana no mar e nas águas interiores; o atendimento médico hospitalar de populações ribeirinhas por meio dos Navios de Assistência Hospitalar; Ações Cívico-Sociais (ACISO) em comunidades carentes do Brasil; operações de apoio humanitário, montagem de hospitais de campanha, inclusive no exterior etc³⁵⁹.

O Exército Brasileiro, a seu turno, tem fiscalizado a produção e o comércio de produtos controlados³⁶⁰, obras de engenharia; apoio em calamidades públicas, emergências sociais e campanhas de saúde³⁶¹; apoio nos setores de saúde e educação às comunidades

e, além disso, dá respaldo à população extremamente carente daquela região, formada na sua grande maioria de brasileiros de origem indígena (há cerca de 40 nações indígenas naquela localidade que junto ao município de Barcelos, também sob a responsabilidade da referida Brigada, tem aproximadamente as mesmas dimensões dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo juntos) com um hospital e auxilia a polícia civil do local realizando exames tanatológicos. A participação da Marinha do Brasil e da Força Aérea na região também é fundamental. As duas Forças exercem importante atividade integradora. Como é sabido, a floresta é um obstáculo natural ao deslocamento pela via terrestre sendo as únicas alternativas de locomoção, no território amazônico, o transporte fluvial e o transporte aéreo. Nesse diapasão, a Marinha do Brasil exerce importante atividade no controle do tráfego fluvial, não apenas regulando e controlando a sua segurando, exercendo seu Poder de Polícia, mas estruturando hidrovias, que são utilizados pela grande maioria das populações daquela região. A sua volta, a Força Aérea Brasileira, tem importante papel integrador, uma vez que possibilita transporte logístico bem como evacuações aeromédias rápidos que são essenciais naquela região que detém cerca de 26% do território nacional.³⁵⁷ Pelo qual o Ministério da Defesa, juntamente com outros órgãos, promove a integração social por meio da prática esportiva, realizando reforço escolar, a prevenção de doenças e orientações educacionais de caráter geral. Nesse programa as Forças Armadas disponibilizam infraestrutura, serviço médico, odontológico e de assistência social, coordenadores, transporte e monitores das organizações militares da Marinha, do Exército e da Força Aérea. Por sua volta o Ministério do Esporte é responsável pelo material esportivo e pelo pagamento de professores e estagiários; o Ministério do Desenvolvimento pela alimentação e o Ministério da Educação pelo fornecimento do material educacional (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 171-172).

³⁵⁸ Que desenvolvido pelo Ministério da Defesa, tem por objetivo viabilizar a participação do estudante universitário nos processos de desenvolvimento local e sustentável e de fortalecimento. Os diversos municípios contemplados com o projeto têm a oportunidade de receber professores e estudantes universitários que desejem contribuir com seus conhecimentos para a comunidade. No referido projeto, as Forças Armadas contribuem com a logística fundamental para que ele seja executado possibilitando deslocamentos fluviais, realizados pela Marinha do Brasil, e concentração, alojamento, alimento e transporte local, bem com a segurança das equipes, realizada pelas unidades do Exército Brasileiro sediadas nas áreas de operações (Ibidem, p. 172-173).

³⁵⁹ Ibidem, p. 174-175

³⁶⁰ No conceito “Produtos Controlados” encontramos um leque bastante variado de produtos industrializados que apresentam, sobretudo, componentes químicos e artefatos que tem relevância para a defesa nacional que vão desde armas, munições, blindagens e explosivos, até componentes de air bag e componentes de fertilizantes.

³⁶¹ A mais recente campanha foi a “Guerra contra o Aedes Egípty” em meados de 2016 em decorrência dos vultosos surtos de dengue, zica e chicungunha que assolaram a população brasileira naquele ano.

indígenas da região Amazônia³⁶²; distribuição de água na Região Nordeste³⁶³ e a fiscalização e controle da produção de material bélico³⁶⁴.

Com a Força Aérea Brasileira, a situação não é diversa: por meio da Comissão de Aeroportos da Região Amazônica (COMARA), tem trabalhado em obras de construção e pavimentação de aeroportos e edificações aeroportuárias em cidade da Amazônia; realiza Ações Cívico-Sociais (ACISO) em localidades carentes, transportando, por meio aéreo, médicos, dentistas, enfermeiros, auxiliares, equipamentos e medicamentos para apoiar a população local; e transporte de pessoas, víveres e evacuações aeromédicas de populações carentes ou afetadas por catástrofes naturais³⁶⁵.

Por fim, ainda em território nacional, não se pode deixar de citar o apoio das Forças Armadas, com mais de 15 mil militares, em mais de 300 municípios brasileiros, a fim de trazer segurança e dar apoio logístico às votações quando convocada pela Justiça Eleitoral, durante as eleições³⁶⁶.

O Brasil, como se pode constatar, reconhecidamente aposta na sua diplomacia como primeiro instrumento de solução de conflitos internacionais e no reconhecimento externo de sua capacidade militar a fim de gerar efeito dissuasório. Entretanto, a fim de ampliar sua projeção nacional e reafirmar seu compromisso com a paz e cooperação entre os povos, tem promovido ações no sentido de intensificar sua participação em ações humanitárias e em missões de paz; a fim de dispor de capacidade de projeção de poder em outras operações estabelecidas ou autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU; e de intensificar o seu intercâmbio com Forças Armadas de outras nações³⁶⁷.

Outra realidade de emprego das Forças Armadas brasileiras que bastante se aproxima com a atividade de policiamento são as operações de paz, haja vista que o Estado Brasileiro, a princípio, não está autorizado por sua Constituição a participar de operações de imposição de

³⁶² A preocupação com a “questão indígena”, sobretudo na região amazônica, é uma constante, sobretudo no auto comando do Exército Brasileiro. Ainda há grande número de comunidades que mal falam o português e que, pela sua carência, são alvo fácil não apenas de criminosos que buscam cooptá-los para a prática de crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, armas e de produtos da fauna e da flora, a fim de fugir à responsabilização penal, mas também dos interesses estrangeiros sobre o nosso território rico em reservas minerais como o nióbio. Em razão disso, o serviço militar obrigatório, a presença dos Pelotões de Fronteira e o apoio à educação e saúde dos indígenas são vistos como estratégicos a fim de manter a integridade nacional uma vez que é uma forma de fazê-los ter um sentimento de pertença ao povo brasileiro.

³⁶³ Trata-se da vulgarmente conhecida operação pipa que possibilita a vida no árido e semiárido nordestino.

³⁶⁴ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 176.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 177.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 181 e 56.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 56.

paz, podendo apenas participar de operações que visem à manutenção ou à consolidação da paz, em decorrência de haver se autoimposto o princípio da não-intervenção³⁶⁸.

O Brasil tem efetivo reconhecimento em participações nessa atividade desde 1947, havendo contribuído com mais de 30 mil militares, em Operações de Paz na África (Congo, Angola, Moçambique, Libéria, Uganda, Sudão), na América Central e Caribe (El Salvador, Nicarágua, Guatemala, Haiti), na Ásia (Camboja, Timor-Leste) e na Europa (Chipre, Croácia). Além disso, cedeu tropas em Suez (UNEF); Angola (UNAVEM), Moçambique (ONUMOZ), Timor-Leste (UN-TAET/UNMISSET), Haiti (MINUSTAH) e no Líbano (UNIFIL)³⁶⁹.

Tal realidade é abordada pelos diversos países do mundo de diversas formas que vão desde a conformação de forças militares compostas em sua totalidade por soldados profissionais, de conformação mista, em que se utiliza de militares profissionais e oriundos do serviço militar obrigatório, até o ponto de um serviço militar eminente obrigatório ou mesmo por milícias³⁷⁰, nos países mais desprovidos de recursos financeiros.

Como observa Giovanni Fiandaca, tal realidade tem imposto, sobretudo nos países ricos da Europa, que a formação do militar seja cada vez mais profissional e específica no

³⁶⁸ Cf. ASSIS, Jorge Cesar de; COIMBRA NEVES, Cícero Robson; CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 168. A título de esclarecimento, a ONU firmou em 1992, alguns conceitos, por um documento denominado “Uma Agenda para a Paz”, que se referem ao grau de engajamento em que estarão envolvidos os Estados-membros em processos de paz sob o mandato da ONU:

“a) *Preventive Diplomacy* (diplomacia preventiva) – trata-se aqui da realização de um intercâmbio diplomático e militar, com o objetivo precípua de evitar o surgimento de conflitos, ou, se existentes, a sua agravação. Pode ser exercitada por meio de troca de informações, supervisão de acordos regionais referentes a armamentos e investigação de fatos.

b) *Peace-making* (estabelecimento da paz) – visa a obtenção de um acordo que possa viabilizar o fim de um conflito armado. Esta atividade se desenvolve por intermédio de diplomacia ou acordos políticos, podendo estes serem coordenados pela Corte Internacional de Justiça ou pelo Conselho de Segurança da ONU.

c) *Peace-Keeping* (manutenção da paz) – trata-se do emprego de forças armadas e policiais, bem como de pessoal civil, com o objetivo de fiscalizar e implementar os acordos de paz celebrados entre as partes contratantes. Para que haja este tipo de operação, faz-se mister o consentimento das partes envolvidas num conflito.

d) *Peace-building* (consolidação da paz) – consiste, fundamentalmente, no desenvolvimento de atividades pós-conflito com o objetivo de evitar o seu ressurgimento, por intermédio de ações socioeconômicas, treinamento de forças armadas e policiais estabelecidas legalmente, supervisão de eleições entre outras.

e) *Peace-enforcement* (imposição da paz) - são medidas extremas tomadas pelos Estados-membros, com a devida autorização do Conselho de Segurança da ONU, formando e empregando forças de coalisão, v.g. no Kuwait invadido pelo Iraque (1991), durante a guerra civil na Somália (1992) e em Ruanda (1994), para tornar possíveis as operações humanitárias naqueles países, no Haiti (1994) para restabelecer o governo legítimo etc. Cabe ressaltar que essas operações são empreendidas pelo Conselho de Segurança da ONU, entretanto ficam totalmente controladas pelos Estados-membros participantes” (ASSIS, Jorge Cesar de; COIMBRA NEVES, Cícero Robson; CUNHA, Fernando Luiz. Op. cit., p. 165-167).

³⁶⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 163.

³⁷⁰ ESPINOSA, Alejandro Carlos. Justicia Militar em México. In: *Diritto e processo*. Antonio Palazzo (a cura di). Anuário giurídico. Universtá degli Studi di Perugia, anno 2011.

sentido de que cumpra missões complexas e diversificadas, ou seja, tecnocrática, destinada a formar um “herói” que, sem medir consequências, estaria disposto a qualquer ato para cumprir sua missão, dando inclusive sua vida por amor à Pátria durante a Guerra. Os diversos escopos das novas missões imporiam que o novo militar, cujo modelo é denominado pelo referido autor de “soldado da paz”, exerça uma multiplicidade de funções sendo não somente um homem das armas, mas também um policial, um educador, um operador social, um assistente social etc³⁷¹.

Nessa esteira, o Estado Brasileiro, sob a liderança das Forças Armadas, tem desenvolvido a prática de atuação interagências tanto no que concerne a projetos envolvendo a segurança pública interna e externa quanto no que diz respeito à produção de conhecimento e tecnologia, não se admitindo mais que a vida castrense seja vista de forma alijada do contexto da sociedade civil³⁷². O mesmo satélite que serve para fins militares pode ser utilizado para fins civis, a mesma energia nuclear que possibilita a propulsão de um submarino nuclear ou de um porta-aviões pode ser utilizada para fins médicos, o mesmo explosivo utilizado para fins militares pode ser utilizado em obras de engenharia e assim por diante.

Cumprе salientar que foi na esteira desses “novos empregos” das Forças Armadas brasileira estabelecidos pela Lei Complementar 97/99 que alterou-se, como já mencionado, o artigo 9º do Código Penal Militar pela lei 13.491/97 no sentido de retomar-se a competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil no contexto das referidas missões e expandiu-se o conceito de crime militar alastrando também para a legislação penal comum a *vis atrativa* dos critérios *ratione* tal como previstos nos incisos do referido dispositivo, assunto que será aprofundado em tempo oportuno neste trabalho.

Com efeito, sem qualquer juízo de valor, deve ser entendido que o emprego das Forças Armadas nas ações subsidiárias que envolvem a Segurança Pública interna, não só no Brasil, como em outros países, vem a reboque do fenômeno denominado por Jesús Maria Silva Sanchez de “Expansão do Direito Penal”³⁷³ e como expressão concreta do que Günther Jakobs denominou “Direito Penal do Inimigo”³⁷⁴.

³⁷¹ FIANDACA, Giovanni. Quale specialità per il Diritto Penale Militare. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1063, jul/set.2008.

³⁷² RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 24, ano XXXIX, p. 27, nov. 2014.

³⁷³ Sobre o tema *vide* SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

³⁷⁴ Sobre o tema *vide* JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Inimigo*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2006, v. 1 e 2. Também, MELIÁ, Cancio & JARA DÍEZ, Gómez, *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

Assim, para além da principal controvérsia do Direito Penal Militar brasileiro é que se se justificaria a manutenção da Justiça Militar, tanto da União quanto das Justiças Militares especializadas nos estados da Federação em que elas existem³⁷⁵, as grandes indagações surgem do embate não só da defasagem dos Códigos Penal e Processual Penal Militar para com o restante do Ordenamento Jurídico Pátrio, mas também com relação às novas atribuições e o emprego das Forças Armadas no Brasil e o contexto sociocultural em que a profissão do soldado está inserida.

Nessa esteira, a principal indagação que se faz presente, fazemos questão de repisar, é se é legítima a existência de um sistema repressor apartado, ou seja, autônomo, para o tratamento dos denominados “crimes militares” e, sendo legítima a autonomia, em que termos ela poderia ser estruturada, segundo os ditames do Estado Democrático de Direito.

Além disso, se ainda se justifica o preparo e organização das Forças Armadas para situações de conflito armado simétrico externo³⁷⁶, necessário é que o sistema repressivo militar se volte para as novas formas de emprego, sobretudo as Operações Militares de Paz, nas quais as Forças Armadas Brasileiras já têm uma tradicional atuação; as operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO); e o policiamento da faixa de fronteira para, além de dissuadir a invasão estrangeira, coibir a prática de delitos transfronteiriços, sob pena de se deslegitimar pela sua própria ineficácia.

Não obstante vivamos em um período em que o direito à Guerra (*jus ad bellum*) não é mais considerado um direito e sim um crime, vivemos em um mundo em que, após a Segunda Guerra Mundial, ocorreram mais de 190 conflitos armados e que, muito embora estivessem em estado de Guerra, os Estados o negam, havendo reconhecido juridicamente a referida

³⁷⁵ Com efeito, há uma grande corrente que defende a extinção das Justiças Militares, sobretudo no âmbito das corporações que cuidam da Segurança Pública, por diversos fatores, entre eles, por entender que a sua existência contraria os Tratados de Direitos Humanos e o sistema de garantias constitucionais; que a Justiça Militar seria uma justiça corporativa que privilegiaria os oficiais em detrimento das praças; não seria economicamente justificável a existência de todo um aparato Judiciário para o julgamento de um pequeno número de casos etc.

³⁷⁶ Com efeito, a utilização da Guerra como extensão das relações diplomáticas do Estado, muito embora seja considerada um ilícito internacional, não foi, nem será descartada como opção de muitos estados. A título de exemplo Anatole Rapoport (Prefácio. In: CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2014) destaca que nos Estados Unidos da América o surgimento de teóricos neoclausewitianos que defendem, através da “teoria dos jogos” que a Guerra seja ainda utilizada como uma alternativa para os estados atingirem seus fins. Eles continuariam a “*adotar as máximas de Clausewits: o mundo é um conjunto de Estados, cada qual com uma lei para si próprio. O objetivo da política internacional é o poder. O poder é obtido e conservado por meio da violência*”. Assevera o referido autor que a referida ótica não fica adstrita ao meio militar, mas interage com o meio universitário e, também, com o mercado. Coerente com essa percepção de Anatole Rapoport é a constatação de Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Que Significa el derribo del Monumento?* In: HABERMAS, Jürgen. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006, p. 35) no sentido de que a atuação dos Estados Unidos da América na Guerra do Iraque foi uma grave afronta ao Direito Internacional público e deslegitimou a atuação dos EUA como líderes na ONU no que concerne a busca da paz entre as nações.

situação em apenas dezenove deles³⁷⁷. Por essa razão, não se pode, também na formação do militar, aprimorar-se nos novos empregos sem esquecer-se dos antigos.

Mesmo que não se esteja em situação de Guerra formalmente declarada, os Estados se utilizam de suas forças militares em situações de conflito armado, sendo temerário, não só a fim de resguardar valores como a hierarquia e disciplina visando a eficácia das operações militares a fim de resguardar a soberania da Pátria, mas também, e principalmente, o respeito às regras de direito humanitário, utilizar-se das Forças Armadas sem que se tenha um subsistema penal legítimo e eficaz a fim de garantir que os militares, como homens que são, não se curvem à barbárie.

Dessa forma, o sistema repressivo militar trabalha como um complexo de normas que apoiam e dão efetividade aos Direitos Humanos na sua faceta mais essencial denominada Direito Humanitário.

Essa realidade não é distante do emprego das tropas brasileiras.

Como é de conhecimento público, as Forças Armadas brasileiras tanto no que diz respeito às Operações de Paz, quanto no que concerne às atividades previstas na Lei Complementar 97/99, apesar de essas atividades serem primordialmente de policiamento, vem encontrando situações que, de fato, são de combate como, por exemplo, a Operação de Paz no Haiti, sobretudo quando, após o terremoto que praticamente aniquilou aquele país, foi necessário prender criminosos soltos em razão de um alerta não confirmado de um Tsunami; as operações no “Morro do Alemão” e na favela da “Maré”, onde militares brasileiros ficaram expostos a conflito com traficantes munidos de fuzis; o policiamento de fronteira, sobretudo na região amazônica, quando Pelotões de Fronteira brasileiros sofreram ataques das Farc, havendo, inclusive militares brasileiros mortos etc., isso sem contar outras atividades em que não há combate, mas que o poderio bélico militar fica exposto ao contato com civis, como a segurança em grandes eventos (Rio 92, Copa das Confederações, Copa do Mundo e

³⁷⁷ Nesse sentido, Carlos Frederico Cinelli salienta que: “(...) na verdade, declarações de guerra tornaram-se quase desconhecidas desde 1945 (a última foi feita pela URSS contra o Japão). O banimento do uso da força como solução de controvérsias pela Carta das Nações Unidas, em 1945, colocaria um fim nas declarações de guerra. A partir daí, as partes em conflito procurariam negar que estivessem em estado de guerra. Dos cerca de 190 conflitos que eclodiram no mundo desde final da 2ª GM, só 19 foram classificados como conflito internacional por todas as partes, ou seja, como guerra. Em alguns casos, os Estados optaram por expressar a sua situação de beligerância através de outros meios que não declarações formais. Como exemplos dessa prática entre os Estados modernos, estão as declarações dos países árabes durante os conflitos de 1948 e 1967 contra Israel, o Reino Unido contra a Argentina em 1982 (pelas Malvinas) e contra o Egito em 1956 (pelo Canal de Suez), ou as declarações feitas por Irã e Iraque ao longo do conflito envolvendo os dois países. A invasão da Polônia pelos alemães e o ataque japonês a Pearl Harbor, ainda antes de 1945, são outros dois exemplos de conflito iniciados sem aviso prévio” (CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 34).

Olimpíadas), bem como na manutenção da paz e logística durante as eleições e auxílio à defesa civil em catástrofes.

Esse novo viés do emprego das Forças Armadas Brasileiras impõe uma readequação do Direito Penal Militar em tempo de paz com vistas a implementar maior respeito não só aos valores da caserna e efetividade nas operações militares, mas também aos direitos humanos dos civis expostos a elas, tendo em vista que se tratam de atividades em que necessariamente os riscos de lesões a bens jurídicos se potencializam.

Dessa forma, propõe-se um sistema de Direito Penal Militar “intermediário” que possibilite maior eficiência das Forças Armadas no atingimento dos objetivos militares predeterminados a fim de realizar a defesa da pátria e suas demais atribuições constitucionais e maior controle de seus agentes no sentido de tornar efetiva a tutela dos Direitos Humanos, sustentação da legitimidade das ações do Estado Democrático de Direito.

Quer seja no âmbito do emprego tradicional das Forças Armadas (guerra de defesa – dissuasão), quer seja no âmbito dos empregos contemporâneos das Forças Armadas é certo que o Brasil, ao constituir-se Estado Democrático de Direito, consagrou os direitos humanos como princípios que devem ser garantidos pelo Estado brasileiro. Assim, o Brasil se submete não só ao seu texto constitucional, no qual o artigo 5º e seguintes da Constituição da República explicitam um rol de garantias a serem observadas pelas Forças Armadas em sua atuação, mas, também se submete a Tratados de Direitos Humanos dos quais é signatário como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Convenções de Genebra, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o Direito de Haia e o Direito de Nova York etc., que constituem verdadeiro fator limitativo da liberdade de ação durante a autodefesa e a legítima defesa da soberania da Pátria³⁷⁸.

O *Livro Branco de Defesa Nacional* traz como objetivo uma total transformação na Defesa Nacional a partir do desenvolvimento de competências que permitem cumprir novas tarefas e desempenhar modernas funções em combates, a ser estruturado no prazo de vinte anos ou mais, que passam pela aquisição e aplicação de tecnologia de ponta nas fases de pesquisa e desenvolvimento de novos sistemas de armas e plataformas; impõe o desenvolvimento de novas doutrinas de emprego das tropas a fim de tornar as forças militares mais aptas a atuar em ambiente operacional multifacetado e que criará uma gama de oportunidades para o crescimento econômico nas vertentes do Plano de Articulação e

³⁷⁸ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 176.

Equipamento da Defesa (PAED); modernização da gestão e reorganização da Base Industrial de Defesa³⁷⁹.

Para toda essa realidade dinâmica, deve o Direito Penal Militar estar atento sob pena de crise de legitimidade e eficácia.

³⁷⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 193.

TERCEIRA PARTE – BASES PARA UMA LEGITIMAÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL MILITAR

3.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS PENAIS

A Segunda Guerra Mundial e os horrores do Nazismo marcam a insuficiência dos modelos de Estado moderno até então concebidos no continente Europeu.

Demonstrou-se claramente que tanto o Estado de Direito de matriz liberal, quanto o Estado Social de Direito eram insuficientes para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária³⁸⁰.

Com efeito, se o Estado liberal, em que predominava o respeito às liberdades públicas e em que a relação do Estado para com o cidadão era negativa mostrou-se ineficaz para reduzir as desigualdades e opressões internas entre os detentores dos meios de produção e levou à corrida por colônias que acabou por determinar a Primeira Guerra Mundial, foi no contexto de suas decorrências, o Estado Social de Direito, o Estado Marxista-leninista e o Estado Facista, de matrizes fortes e intervencionistas, preocupados com a manutenção de condições econômicas e sociais para manutenção do trabalho e outros direitos sociais dos trabalhadores que estabeleceram as condições para a eclosão da Segunda Guerra Mundial³⁸¹.

Como tentativa de superar as deficiências dos modelos de Estado anteriores, após o maior conflito armado da história da humanidade, diversos países passaram a adotar em suas Constituições o modelo de Estado Democrático de Direito.

A análise do referido modelo de Estado é importante em demasia para o objeto da investigação aqui pretendida uma vez que, como adverte Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, a orientação de determinada opção político-social, modelo de Estado, deve orientar o conjunto normativo correspondente, importando que se conclua que ordenamentos jurídicos valorados em si mesmos sejam considerados corretos ou incorretos, mas sejam, mais ou menos, coerentes com o modelo político-social em que se inserem. Dessa forma, qualquer análise de

³⁸⁰ Para maior aprofundamento sobre o tema *vide* MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F LTDA, 2013, p. 95-114; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 101-129; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 98-148.

³⁸¹ A fim de obter uma síntese mais aprofundada sobre a relação entre direitos humanos e os modelos de Estado *vide*: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 212-245 e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Preliminares à experiência constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 73-88, t.1.

um determinado sistema normativo repressivo deve ter como paradigma o modelo de Estado vigente ao qual é submetido³⁸².

Muito embora o sistema normativo constitucional e o sistema normativo penal tenham diferenças axiológicas e finalísticas, o Direito Penal deve ter uma concepção aberta de valoração da teoria do injusto penal tendo como referência a Constituição³⁸³.

Santiago Mir Puig tem entendimento no sentido de que o Estado Democrático de Direito, denominado pela constituição espanhola “Estado Social e Democrático de Direito” seria uma síntese dos conceitos dos modelos anteriormente existentes, onde prevaleceria como aspecto do Estado de Direito de matriz liberal o respeito às formalidades e, sobretudo à legalidade e às garantias; quanto ao Estado Social permaneceria a busca por uma sociedade mais igualitária e o respeito aos direitos sociais a fim de propiciar aos cidadãos seu progresso individual efetivo e, por fim, quanto aos seu aspecto “democrático” que se possibilite ao cidadão liberdade não apenas formal, mas real, efetiva³⁸⁴.

Assim, para Mir Puig, como principal reflexo da influência do modelo de Estado Liberal de Direito no Direito Penal, teríamos o princípio da legalidade³⁸⁵; do Estado Social, a função de prevenção, uma vez que a pena seria necessária para a proteção da sociedade³⁸⁶ e,

³⁸² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 31.

³⁸³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 54.

³⁸⁴ cf. MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F LTDA, 2013, p. 97-100. No mesmo sentido é o entendimento de Pérez Luño no sentido de que o modelo Estado Democrático de Direito (ou Estado Social e Democrático de Direito, como é denominado pela Constituição Espanhola de 1978) ao afirmar que o Estado Democrático de Direito é uma evolução do “Estado de Direito”, em que vige a ideia de legalidade formal, para o “Estado de Justiça”, em que os direitos humanos são efetivamente garantidos e exercidos pelos cidadãos, não sendo a declaração de direitos sociais meras promessas programáticas. Essa proposta impõe, de certa forma, um retorno ao Jurnaturalismo afastado pelo Positivismo Jurídico sob o argumento da necessidade de segurança jurídica e de ser uma corrente filosófica revolucionária, uma vez que impõe que o Estado seja fundado no respeito à dignidade humana, com a finalidade de se garantir não apenas a legalidade formal, mas a justiça material. Dessa forma, alude o referido autor que o modelo Estado de Democrático de Direito tem por escopo evitar dois vícios dos Estados totalitários, chamar-se de Estados de Direito estados que não o são, e de democracias aqueles Estados que não são democracias verdadeiras (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 237-245).

³⁸⁵ Não é demais lembrar que o modelo Liberal de Estado surge em contraposição ao Estado Absolutista, como decorrência das ideias iluministas que preconizavam que, para haver legitimidade o direito deveria ter fundamentação democrático-representativa, disso decorrendo o princípio da legalidade, que garante formalmente os direitos individuais, traçando substancialmente um limite à intervenção Estatal (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. cit.*, p. 34).

³⁸⁶ Salienta Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, ao discorrer sobre o modelo “Estado Social de Direito” que no âmbito-jurídico penal “observa-se haver em geral dois enfoques possíveis na valoração dos interesses coletivos. Um é contempla-los desde o ponto de vista de sua importância para o sistema social. Outro corresponde à sua valoração em função da repercussão aos indivíduos. O Estado Social acabou por adotar, de forma autoritária, o primeiro enfoque, subordinando o indivíduo ao todo social. O princípio intervencionista condutor do modelo social foi, assim, apto a determinar em diversos ordenamentos a construção de um Direito Penal mais preocupado com a sua própria eficácia do que a servir aos cidadãos. Nesse contexto, a pena acabou por funcionar como arma do Estado em relação à sociedade, transmutando-se sua eficácia em terror penal, a partir do abandono dos limites que deveria respeitar diante das minorias e do próprio indivíduo, o que contribuiu para o aumento das

como reflexo do seu aspecto “democrático” teríamos o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁸⁷.

Com efeito, o traço diferenciador desse modelo de Estado, que surge no contexto de contrariedade aos valores pregados pelo Terceiro Reich, é o fato de ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o pilar que sustenta e perpassa todo o seu ordenamento jurídico, impondo que o Estado sirva de instrumento para a obtenção da felicidade das pessoas e não o contrário³⁸⁸.

Impõe-se que os órgãos estatais e a interpretação normativa e principiológica, em todos os seus atos, tenham o ser humano e sua felicidade como finalidade de todo o ordenamento jurídico.

É a consideração desta imagem da pessoa na interpretação das normas jurídicas, determinada pelo postulado da dignidade humana que permite o ingresso de novos conteúdos nas normas jurídicas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente em face das novas questões que a tecnologia introduz no direito; estabelece limites à interpretação dos direitos fundamentais sua vulgarização e consequente perda de força normativa e fornece critérios, juntamente com outros postulados normativos, para ponderação entre direitos fundamentais³⁸⁹.

Como aduz Helena Regina Lobo da Costa, o respeito à dignidade da pessoa humana ressurge após a Segunda Guerra Mundial tanto no âmbito dos tratados internacionais como nas constituições e tem natureza jurídica multifacetada, podendo servir como fundamento de todo o ordenamento jurídico, pressuposto interpretativo, princípio e regra³⁹⁰.

Da admissão do modelo Estado Democrático de Direito, surge, como consequência para o Direito Penal, o respeito a determinados princípios de três ordens, os quais Santiago Mir Puig classifica como decorrentes do modelo de Estado de matriz liberal, do modelo de Estado Social e do paradigma democrático³⁹¹.

Como principal influência do modelo de Estado de matriz liberal observa-se o princípio da legalidade, expressado pelo aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O referido princípio, construído a partir de fundamento filosófico iluminista, impõe a segurança jurídica de que os indivíduos não serão punidos pelo Estado sem conhecimento prévio dos

críticas dirigidas ao modelo social, a partir das profundas transformações no panorama político no início dos anos 70 do século XX” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 41).

³⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 104.

³⁸⁸ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 25-28.

³⁸⁹ Ibidem, p. 41. “A imagem da pessoa, que deverá ser observada na interpretação das normas por força do postulado da dignidade humana, possui dois elementos fundamentais: a consideração da figura humana concreta e não de um esquema lógico abstrato” (p. 41).

³⁹⁰ Ibidem, p. 33-59.

³⁹¹ MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 104.

crimes e a garantia política de que esses crimes serão previamente tipificados pelo Legislador, que acaba por representar o próprio povo³⁹².

Decorrem do referido princípio quatro garantias e três exigências: são garantias: a garantia criminal, pela qual o crime deve previamente estabelecido pela lei; a garantia penal, pela qual também a pena deve ser previamente estabelecida pela lei penal; a garantia judicial, pela qual a condenação criminal, isto é, a declaração de haver alguém cometido um crime e o estabelecimento de sua punição, somente podem ser estabelecidos através de sentença judicial; e, a garantia de execução, pela qual a execução da pena sugere uma lei que a regule³⁹³. As exigências são expressas pelo tripé *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta*, que impõe a proibição de retroatividade da lei penal mais gravosa, a impossibilidade de utilização do costume como norma incriminadora e necessidade de que a lei penal seja precisa, taxativa, o que fundamenta que a tipicidade seja elemento configurador do crime e a proibição de analogia *in malam partem*³⁹⁴.

Como influência do modelo de Estado Social de Direito, o Direito Penal no Estado Democrático de Direito tem como característica que o *ius puniendi* somente deve ser exercido quando houver alguma utilidade social. Nessa esteira, Santiago Mir Puig aponta como princípios decorrentes dessa circunstância os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da exclusiva proteção de bens jurídicos³⁹⁵.

Assim, o Direito Penal, tido como a intervenção mais incisiva na liberdade dos indivíduos, deve ser a última alternativa para a resolução dos conflitos sociais, sendo assim, a *ultima ratio* da intervenção jurídica do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos. Dessa condição extrai-se o princípio da fragmentariedade, pelo qual se assume que a pena e a medida de segurança não são os únicos meios de proteção da sociedade de que dispõe o ordenamento jurídico³⁹⁶.

³⁹² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 105.

³⁹³ *Ibidem*, p. 106.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 106-107.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 116-121.

³⁹⁶ Santiago Mir Puig, ao discorrer sobre o referido princípio assevera: “(...) *Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distinto a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que estos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves (...)*” (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 109).

A proteção social, portanto, não deverá ser tarefa apenas do Direito Penal, mas do Direito em geral, preferindo-se os instrumentos menos invasivos à esfera de direitos individuais do cidadão³⁹⁷.

Da mesma forma, o Direito Penal é fragmentário, não punindo as condutas contrárias à sociedade, mas somente aquelas mais graves, ou seja, mais perigosas à vida em sociedade³⁹⁸.

Pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o Direito Penal somente deverá incidir sobre valores caros à sociedade tidos como fundamentais e condicionantes da vida em sociedade e da participação dos indivíduos nesse sistema, não sendo nesses incluídos mandados puramente formais, valores puramente morais, nem interesses que não comprometam seriamente o funcionamento do sistema social³⁹⁹.

Ou seja, no dizer de Silva Sanchez, somente poderiam ser objeto de punição penal aquelas condutas que afetassem “*aqueles objetos que o ser humano precisa para sua livre autorrealização (a qual obviamente tem lugar na vida social)*”. Determinados objetos “*se convertem em bens jurídicos, na medida em que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade*”⁴⁰⁰.

Por fim, no que diz respeito aos aspectos advindos do viés “democrático” do Estado Democrático de Direito, o qual se fundaria no princípio da dignidade humana, no princípio da igualdade material e cidadania, Santiago Mir Puig explicita que seriam decorrências desse aspecto do modelo de Estado os princípios da culpabilidade, da humanidade das penas, da proporcionalidade e da ressocialização⁴⁰¹.

³⁹⁷ Nesse sentido, a lição de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara: “Nessa linha, a proteção da segurança social não deve ser diretamente relacionada ao Direito Penal, mas sim ao Direito em geral, sendo a intervenção penal apenas um dos instrumentos (na verdade, o último) a cooperar como o ordenamento jurídico em tal tarefa. Por isso, quando a proteção da sociedade possa ser obtida por outros meios, preferíveis por serem menos custosos aos direitos individuais, o Direito Penal deixa de ser necessário, em coerência com a exigência, no âmbito democrático, da busca de maior bem com o menor prejuízo social. Esse raciocínio conduz à fundamentação utilitarista da intervenção penal, não no sentido de maior eficácia possível, e sim do mínimo de prevenção imprescindível” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 43).

³⁹⁸ “(...) Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos (...)” (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 110).

³⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 121. Importante ressaltar que o conceito de Bem Jurídico sofre severa crítica de Jakobs, para quem o conceito de bem jurídico e o princípio de exclusiva proteção destes perde o valor na medida em que o que o Direito Penal procura evitar e afronta à norma e o esfacelamento do entorno social (JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzállez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 55-58).

⁴⁰⁰ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 431-432.

⁴⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 122-129. Importante ressaltar que, no entender de Helena Regina Lobo da Costa, os princípios da culpabilidade e da humanidade das penas são inerentes ao respeito à dignidade humana que ao mesmo tempo que é objeto de tutela

Pelo princípio da humanidade das penas ficam proibidas as sanções cruéis e degradantes, bem como as de caráter perpétuo e a de morte, em tempo de paz. Observa-se a despenalização de determinadas condutas e a suspensão ou substituição das penas privativas de liberdade, bem como a preocupação de que o cárcere mantenha as condições mínimas exigidas pela ONU, no caso extremo da necessidade de encarceramento⁴⁰².

O princípio da culpabilidade, fundado na ideia de que o princípio da dignidade humana impõe e oferece ao indivíduo a possibilidade de evitar a pena se se comportar conforme o direito, por sua volta, tem como decorrência o reconhecimento de uma série de subprincípios, quais sejam, o princípio da personalidade, o princípio da responsabilidade por um fato, o princípio de exigência de que somente sejam punidas condutas em decorrência de dolo ou culpa e o princípio da imputação pessoal⁴⁰³.

Pelo princípio da personalidade, impede-se que se castigue alguém por uma conduta alheia. Proíbe-se a responsabilidade coletiva que, outrora permitia castigar-se todos os membros de uma família pelos atos de um só de seus membros⁴⁰⁴.

Conforme o princípio da responsabilidade pelo fato, impõe-se a construção de um direito penal do fato o que se opõe castigar alguém pelo seu modo de ser ou por sua conduta de vida. Tal princípio tem forte ligação com o princípio da legalidade uma vez que, através do conceito de tipicidade, afasta o direito penal de autor e a teoria dos “tipos de autor” propostos pelos juristas da escola nazista⁴⁰⁵.

De acordo com o princípio do dolo e da culpa, considera-se insuficiente para a punição de uma pessoa apenas o fato de haver cometido objetivamente um determinado resultado danoso. Ou seja, veda-se a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade pelo resultado. Com efeito, somente se pune o agente a título de dolo, quando este quis ou assumiu o risco de produzir determinado resultado previsto pela norma penal incriminadora, ou a título de culpa, quando o agente, pelo descumprimento de um dever objetivo de cuidado cujo resultado previsível ofende determinada norma penal incriminadora sem imaginar que causaria o crime ou, imaginando, não consente com o resultado⁴⁰⁶.

Também, como decorrência do princípio da culpabilidade, observa-se o princípio da imputação pessoal para o qual não se deve punir com a pena os inimputáveis, ou seja, aqueles

do sistema penal, sendo o fundamento do *ius puniendi*, é, também, o seu limitador (Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59-67).

⁴⁰² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 122-123.

⁴⁰³ Ibidem, p. 123-127.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 125.

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Idem.

que não têm condições de, racionalmente, direcionar seu comportamento de forma normal conforme os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico penal⁴⁰⁷.

O princípio da proporcionalidade impõe que haja uma gradação entre a gravidade da conduta criminosa cometida pelo agente e a intensidade da sanção a este atribuída. É útil para limitar a aplicação das medidas de segurança e, ao mesmo tempo, para graduar as penas e tem duas exigências a serem distinguidas em seus termos que são: a necessidade de que a pena seja proporcional ao delito e que a medida da proporcionalidade seja estabelecida tendo por base a importância social do fato⁴⁰⁸.

Por fim, o princípio da ressocialização impõe que se evite a marginalização indevida do condenado, fazendo com que sejam preferidas aquelas penas ou medidas de segurança que não imponham segregação do condenado à sociedade. No caso de inevitável necessidade da constrição da liberdade de locomoção, a execução da pena deverá evitar efeitos dessocializadores, possibilitar a comunicação do preso com o mundo exterior e facilitar a reincorporação do recluso no seu retorno à vida em liberdade⁴⁰⁹.

Por serem princípios penais decorrentes do modelo de Estado adotado, entendemos que, em razão da força normativa da Constituição e inafastável direcionamento axiológico que esta deve dar ao sistema repressivo, muito embora isso por si só não resolva o problema da legitimidade do Direito Penal⁴¹⁰, os princípios penais decorrentes do Estado Democrático de Direito devem também servir de baliza a conferir legitimidade ao sistema de Direito Penal Militar.

Ocorre, entretanto, que no âmbito do sistema de Direito Penal Militar, em que pese, sabidamente, os referidos princípios sejam aplicados ao regime penal castrense, sua utilização é mais complexa, tendo em vista as peculiaridades da vida castrense que, notadamente, tem uma perspectiva diversa na sua relação com os direitos fundamentais.

Como assevera Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, as Forças Armadas são instituições especialíssimas que, na sua função primordial de defesa da Pátria, impõem aos seus integrantes o dever de se pautarem sob os vetores valorativos da hierarquia e disciplina, exigindo desses que, se preciso for, coloquem em risco a própria vida na defesa da soberania

⁴⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 126-127.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 129.

⁴¹⁰ Na lição de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, a mera conformidade entre o Direito Penal e a Constituição não resolve o problema de sua legitimidade, haja vista que a Constituição não tem como função resolver o problema da relação dos indivíduos entre si, mas sim os princípios e valores fundamentais do exercício do poder político (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 129).

sob o torrão natal e cultuem valores como patriotismo, civismo, lealdade, honra, coragem, honestidade, profissionalismo, camaradagem e o respeito à dignidade da pessoa humana⁴¹¹.

Nessa missão de defesa de soberania da Pátria, em nome da eficiência das Forças Armadas, a Constituição admite certa mitigação em termos de Direitos Fundamentais aos militares⁴¹², o que, sem sombra de dúvidas, trará reflexos para o sistema repressivo castrense, impondo, além de um tratamento diverso sob o aspecto do direito material, a existência de um ramo especializado para o julgamento dos crimes militares, pois como assevera Bierrenbach:

Ao negociar o Tratado de Versalhes, em 1919, no final da Primeira Grande Guerra, Georges Clémenceau foi categórico: ‘Assim como há uma sociedade civil fundada na liberdade, há uma sociedade militar fundada na obediência, sendo conveniente compreender que o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência’. Liberdade e autoridade são dois conceitos em permanente estado de tensão dialética. Só a lei permite o culto do senso grave da ordem em equilíbrio com o irresistível impulso de liberdade. Assim, não há dilema entre liberdade e obediência no Estado de Direito Democrático. No Brasil, a Justiça Militar da União, já bicentenária, funciona a partir de regras internacionalmente reconhecidas, consoante critérios debatidos e propostos pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. Assegura a igualdade de todos perante a lei, observa os direitos humanos e respeita os princípios do Estado de Direito Democrático. Enfim, está perfeitamente conforme os mais exigentes critérios de imparcialidade, integridade e independência estabelecidos nos padrões internacionais dos povos civilizados⁴¹³.

⁴¹¹ “O fato é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da vida. A nenhum funcionário público, na verdade, a nenhum cidadão, exceto aos militares, lei alguma impõe deveres tão radicais, deveres que podem implicar a contingência de morrer ou de matar. Ocorre que desde a célebre “Declaração da Virgínia”, de 1776, o consagrado *Bill of Rights*, estabeleceu-se que todo ser humano é titular de quatro direitos fundamentais: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à busca da felicidade e o direito de resistência. A vida, portanto, é o bem supremo do indivíduo, o maior valor sustentado pelo sistema jurídico. È por isso que os crimes contra a vida são considerados os mais graves na legislação de todos os países civilizados. Entretanto, para os integrantes das Forças Armadas, para os marinheiros, soldados e aviadores, que prestam juramento solene perante a Bandeira, e que, em determinados momentos e diante de condições extremas são obrigados a matar e a morrer, há outro valor mais alto que a vida. Em nome desse valor, muitas vezes, impõe-se o sacrifício da vida. Esse valor é a Pátria, cuja soberania compete aos militares defender, como está na Constituição. E essa circunstância é absolutamente única, singular, especial, incontornável” (BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. A Justiça Militar e o Estado de Direito. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 360-361).

⁴¹² Nesse sentido, temos que não apenas no Brasil, em que, não apenas nos artigos 142 e 143, bem como no próprio artigo 5º vemos algumas restrições a direitos fundamentais decorrentes dessa missão de defesa da soberania, mas também na Espanha, como noticia Francisco Javier León Villalba ao afirmar que “*el texto constitucional completa sus disposiciones relativas a las Fuerzas Armadas incorporando un conjunto de limitaciones a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de los militares (art. 15. 25.3, 26, 28 y 29) cuya finalidad es igualmente impossibilitar su participación en la vida política en aras al mantenimiento del principio de neutralidad política, en la línea de lo ya establecido por el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, y, en definitiva, poner fin al intervencionismo militar en la vida pública que tan habitual había sido desde el siglo XIX*”. (LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 34). No mesmo sentido: LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 79.

⁴¹³ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Op. cit., p. 361.

Cumpra, assim, esclarecer de que forma essa dialética entre obediência e liberdade, que é legitimada pelo próprio Estado Democrático de Direito, perpassa, ou devia condicionar, o sistema repressivo castrense, mesmo porque sem soberania não há Pátria e se tornam irrelevantes os objetivos, princípio e direitos do referido modelo de Estado⁴¹⁴.

Deve-se ter em mente, também, e aqui se apresenta o principal desafio dessa tese, que o contexto das “novas guerras” e suas implicações para os novos empregos das Forças Armadas, sobretudo diante de desafios que colocam em xeque as próprias estruturas e fundamentos éticos do Estado Democrático de Direito em decorrência, principalmente, da necessidade de se lidar com o terrorismo e o crime organizado, impõe que a análise da legitimidade do sistema penal militar seja feita sob o prisma dessa realidade.

Em razão dessa realidade social, nunca como dantes, juristas europeus vêm analisando categorias do Direito Penal, com relação ao terrorismo, sob o viés do Direito da Guerra, como forma de dar uma resposta que ao mesmo tempo imprima legitimidade e eficácia ao sistema criminal⁴¹⁵. Ora, nesse diapasão, não se pode desligar dessa análise as categorias do milenar direito penal militar, tão pouco conhecido e tão pouco estudado pela comunidade científica.

Em nossa intuição, suas categorias e institutos, com algumas poucas adaptações, podem ser a resposta para essa crise de ineficácia e legitimidade do sistema criminal comum em relação a esses conflitos e criminalidade.

3.1.1. Bem Jurídico Penal e conceito de Crime Militar

Na esteira do que temos apresentado como princípios legitimadores do sistema repressivo penal no Estado Democrático de Direito, no tópico anterior, foi possível explicitar que a doutrina, quase à sua unanimidade, afiança que é função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos.

A teoria do Bem Jurídico-Penal tem especial relação com a ideia de legitimidade do sistema repressivo haja vista que tem sido usada, a princípio, como uma tentativa de limitar a arbitrariedade do legislador penal em tipificar condutas a fim de tutelar qualquer tipo de interesse ou convicção moral que não tenha qualquer repercussão social negativa relevante⁴¹⁶.

⁴¹⁴ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. A Justiça Militar e o Estado de Direito. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 360.

⁴¹⁵ Nesse sentido é interessante a leitura do artigo “Asesinatos seletivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo” de Jesus-Maria Silva Sánchez e o já citado artigo El terrorista y su derecho sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno, de Michael Pawlik, entre outros.

⁴¹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 71.

Nesse contexto, passou a ser amplamente aceita a função de garantia da teoria do Bem Jurídico-penal segundo a qual a punição estatal somente se legitima a partir da proteção subsidiária de bens jurídicos previamente estabelecidos como importantes para a manutenção da vida em sociedade⁴¹⁷. Ou seja, o fundamento para a aplicação legítima da pena seria a possibilidade de dissuadir lesões aos bens jurídicos penais.

Para além da evolução dogmática do conceito de bem jurídico, resta importante esclarecer que considerável parcela da doutrina vem sustentando que esta apenas se escora como legitimadora da incriminação se o bem jurídico, como valor, cumpre função de tutela não dele próprio, mas do indivíduo⁴¹⁸. Ou seja, de forma bem simplista, a norma penal deve ser respeitada, não pelo fato de estar posta na lei elaborada conforme os ditames do *due process of law*, mas porque ela visa a proteger um bem mais importante no sentido do desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana.

No âmbito dos crimes militares tal raciocínio não é tão simples. De certa forma, reacendem-se os questionamentos que se faziam quanto às normas de Polícia, em Feuerbach, quando este não conseguiu demonstrar de maneira satisfatória porque seria legítimo obedecer às referidas normas que não seriam condizentes com os interesses subjetivos, precursores do conceito de bem jurídico, que seriam legitimadores da imposição de pena estatal⁴¹⁹.

Há quem afirme que não se justificaria uma punição mais gravosa em razão da quebra de um dever estrito para com o Estado, como ocorreria, por exemplo, em casos de crimes militares que afrontam estritamente a disciplina, entendendo que condutas que ofendem restritamente a esfera disciplinar não deveriam ser objeto da persecução penal, e muito menos de uma jurisdição especial, mas de punição estritamente disciplinar, em tempos de paz⁴²⁰.

A fim de analisar o tema da punição mais gravosa dos crimes especiais, a Dogmática Penal, sobretudo a alemã, desenvolveu uma série de teorias para fundamentar a punição nos

⁴¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, p. 51, t. 1.

⁴¹⁸ Nesse sentido, a lição de Juarez Tavares: “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como o que se insere na norma como valor” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199).

⁴¹⁹ A fim de se obter uma percepção mais aprofundada a respeito da Polizeivergehen de Feuerbach, vide BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 93 e, também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁴²⁰ SÁNCHEZ, José López. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 268.

denominados delitos especiais, dos quais, o crime militar seria o primeiro e principal exemplo⁴²¹.

Não há espaço nesse trabalho para discorrer sobre todas as teorias relativas à fundamentação dos delitos especiais, nem o objetivo de firmar posição em favor ou construir uma teoria para explicar a sua fundamentação nos crimes militares, entretanto, sua análise é bastante proveitosa para que se explique a legitimação da punição pelo crime militar.

A análise sobre a fundamentação dos crimes especiais é bastante tormentosa na doutrina, não havendo unanimidade nem quanto ao seu conceito⁴²², nem quanto à natureza dos elementos consubstanciadores do delito especial, que se caracterizaria pelo fato de ser um delito no qual somente uma classe de pessoas determinadas satisfariam a tipicidade⁴²³.

A discussão sobre a natureza dos pressupostos fundamentadores dos delitos especiais tem importância prática, pois justificaria ou não a punição dos denominados *extranei* nos referidos crimes, na qualidade de autores ou partícipes⁴²⁴.

No âmbito da presente tese, entretanto, a fundamentação dos delitos especiais, para além da questão da responsabilidade de seus autores serve para demonstrar a legitimidade da punição dos crimes militares no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a fim de demonstrar a fundamentação dos crimes especiais, diversos autores de renome se debruçaram sobre o tema⁴²⁵. De forma bastante singela, o traço diferencial dos delitos especiais para com os delitos comuns é que, para além da lesão de um determinado bem jurídico, a conduta criminosa seria qualificada por um traço diferencial da infração de um dever de uma categoria restrita de indivíduos que, em alguns casos, seria

⁴²¹ A fim de aprofundamento sobre o tema dos delitos especiais remetemos o leitor à alentada obra de Vitor Gómez Martín. Segundo o referido autor, a primeira referência aos crimes especiais teria sido feita no Digesto, exatamente em relação a diferenciação entre crimes comuns e crimes militares (*delicta communia e delicta propria*) que, com o tempo, os glosadores passaram a entender possível estender também aos delitos praticados por funcionários públicos e religiosos e, posteriormente, passou a ser recorrente, sendo uma infração de dever que recaís sobre uma determinada classe de cidadãos (MARTIN, Vitor Gómez. *Los delitos especiales*. Madrid: B de F, 2006, p. 4-5). Com o tempo, os crimes militares passaram a fazer parte de códigos próprios e o estudo dos crimes especiais, sobretudo na Alemanha, se restringiu aos crimes de funcionários e outros delitos cujo âmbito da autoria é restringido (p. 7).

⁴²² Vitor Gómez Martín assevera que há duas modalidades de conceito do crime especial, uma restrita e outra ampla, no conceito restrito o que interessa é apenas a qualidade do agente, ou seja, o tipo penal se distinguiria por restringir o sujeito do crime a uma determinada classe de pessoas, no conceito amplo, ou complexo, não apenas seria importante a classe de pessoas, mas também, o a fundamentação material do círculo de pessoas, operada pelo tipo (MARTIN, Vitor Gómez. Op. cit., p. 11).

⁴²³ Ibidem, p. 13.

⁴²⁴ Cf. SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Prólogo. In ROBLES PLANAS, Ricardo. *La responsabilidad en los "delitos especiales"*: el debate doctrinal en la actualidad. Madrid: B de F, 2014, p. 21-22.

⁴²⁵ Victor Gómez Martín, em pesquisa aprofundada e exaustiva de todas as teses sobre o tema, traz as ponderações de Binding, Welzel, Roxin, Jakobs, Schunemann, Sanchez Vera etc. Afirma que as teorias poderiam ser subdivididas em teorias da norma especial; teorias do dever jurídico especial, teorias do desvalor ético-pessoal e ético-social especial (MARTIN, Vitor Gómez. Op. cit., p. 66).

considerado um dever extrapenal. Tal traço qualificativo imprimiria um maior desvalor social da ação que justificaria uma punição mais agravada que nos demais casos. Ou seja, os crimes especiais se fundamentariam por dois vetores normativos, um *erga omnes*, pois toda norma jurídica se direciona à toda sociedade, e outro que ligaria diretamente o agente à determinada situação fática prevista pelo primeiro vetor, restringindo os autores a um círculo determinado⁴²⁶.

Entende-se que a referida dualidade normativa é apenas reflexo da perspectiva do observador quando a lesão ou colocação em risco de lesão a um determinado bem jurídico específico por uma classe de sujeitos que, necessariamente, tem com ele especial relação. Ou seja, sob o prisma objetivo, esta representaria uma lesão a um bem jurídico. Sob o prisma pessoal, esta representaria o desrespeito a um dever⁴²⁷.

Muito embora forte corrente doutrinária se oponha à classificação dos delitos especiais como delitos de infração de dever por entendê-la um retrocesso do pensamento moderno em contrariedade à teoria do bem jurídico⁴²⁸. Como já se pode observar, trata-se apenas de um erro de perspectiva. Nesse sentido, Silvina Bacigalupo esclarece que, muito embora existam aqueles, como Jakobs, que releguem a teoria do bem jurídico penal a segundo plano no que tange à legitimação da tutela penal, não há incoerência entre a teoria dos delitos de infração de dever e a teoria do bem jurídico⁴²⁹, por diversos motivos.

O primeiro deles seria o fato de que nem todos os autores adeptos à teoria dos crimes de infração de dever rechaçam a teoria dos bens jurídicos. O segundo motivo é que, na maioria dos casos em que se pune a infração de um dever extrapenal como crime, esse dever tem como função proteger um determinado bem jurídico penal de uma lesão qualificada. O terceiro motivo seria o fato de haver uma indevida confusão entre objeto do crime e bem jurídico penal, ou seja, confunde-se desvalor da ação com desvalor do resultado, esquecendo-

⁴²⁶ Preferimos utilizar a expressão vetores normativos pois a dogmática penal diverge quanto à natureza jurídica dos elementos de vis atrativa da especialidade. Binding, o primeiro autor a se debruçar sobre o tema, afirmou se tratarem simplesmente de normas penais, sendo que uma seria geral e outra especial. Nagler, seguindo Binding, afirmaria que no âmbito da norma geral estaria o bem jurídico, ao passo que no âmbito da norma especial teríamos o dever profissional. Welzel e Armin Kauffmann, reconhecidamente finalistas, não são unânimes quanto a ser o dever jurídico especial elemento da tipicidade ou da antijuridicidade e abrem a possibilidade de que o dever jurídico especial esteja impregnado dos valores ético sociais. Roxin, por outro lado, afirma que o fundamento da punição diferenciada do delito especial, ao qual denomina delito de infração de dever em contrapartida aos delitos de domínio do fato, estaria no desrespeito a um dever extrapenal de relação entre o autor e o bem jurídico. Jakobs e Sanchez-Vera fundamentam a especialidade dos referidos delitos em quebras de relações institucionalmente asseguradas (cf. MARTIN, Vitor Gómez. *Los delitos especiales*. Madrid: B de F, 2006, p. 65-254).

⁴²⁷ MARTIN, Victor Gómez. Op. cit., p. 189.

⁴²⁸ BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 101.

⁴²⁹ Idem.

se que o bem jurídico é um dado ideal (normativo) e não apenas material (ontológico). A terceira razão, que se entende aqui, decorrência da primeira, é que o próprio dever descumprido pode ser um bem jurídico penal constitucionalmente relevante⁴³⁰.

Nessa esteira, a diferença de tratamento passa a ter como pressuposto, para alguns doutrinadores, a relação especial entre um determinado sujeito qualificado e um determinado bem jurídico⁴³¹.

Ora, nos crimes militares isso se observa de forma clara.

As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e são garantidoras da segurança externa e interna do Estado e Sociedade, ou seja, de sua sobrevivência⁴³².

Como aduz Michael Pawlik, discorrendo a respeito dos agentes da segurança pública, o policial é garantidor de vigilância e proteção de bens jurídicos fundamentais de outros

⁴³⁰ BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 101-104.

⁴³¹ A punição diferenciada no delito especial passaria a ser legitimada “pela maior acessibilidade do intraneus em relação ao bem jurídico tutelado, a qual cria ou justifica o injusto típico, colocando em mãos do autor idôneo o poder de dispor sobre a lesão ou posta em perigo do bem jurídico” (ORTIZ, Mariana Tranchezi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, USP, 2010, p. 187).

⁴³² DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36. Na Espanha, muito se tem discutido a respeito da natureza jurídica das Forças Armadas. Há aqueles que as consideram como uma faceta da Administração Pública (nesse sentido vide: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 376; FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministério de Defesa, 2015, p. 66) e outros que as consideram como Instituições, em razão de possuir todos os elementos necessários para se caracterizar uma instituição, quais sejam: a ideia de uma obra a realizar, poder organizado – órgãos que se integram em distintas esferas do Estado, como executivo e judiciário, manifestação de unidade de ideias através da harmonização de vontades sob a direção de um líder, um *status* específico dos membros da Instituição e a existência de um ordenamento próprio, o Direito Militar (cf. FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. Op. cit., p. 36). No Brasil, a Constituição da República, no artigo 142, adotou expressamente a tese Institucional, reconhecendo a importância histórica das Forças Armadas não só para a formação e manutenção da estabilidade do Estado e Sociedade, mas como entidade fundamental no seu desenvolvimento e aprimoramento. Nesse diapasão, Jorge Luis Nogueira de Abreu, ao dissecar o texto do art. 142 da Constituição, preleciona que as Forças Armadas: “(...) São instituições nacionais permanentes e regulares. A Constituição de 1891 foi a primeira a conferir às Forças de Terra e de Mar a condição de instituições nacionais permanentes. Tal previsão entretanto, no magistério de José Afonso da Silva, já se encontrava de forma implícita na Constituição de 1824, que se referia a Forças militares permanentes de mar e terra (art. 146). As Constituições posteriores mativeram, em seu bojo, a mesma previsão. Enquanto nacionais, as Forças Armadas, embora integradas ao Poder Executivo, conquanto o braço armado da Administração, devem servir, acima de tudo, à Nação. Constituem-se não num instrumento do Governo e sim numa garantia da Pátria. De acordo com Pontes de Miranda, declaram-se permanentes as Forças Armadas, para que nunca possam ser dissolvidas. Por isso, embora não conste expressamente, no roldas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/1988), não podem ser abolidas, suprimidas ou extintas por meio de emenda constitucional, mas, tão somente, por Assembleia Nacional Constituinte. Em sendo instituições regulares, é defesa a assimilação às Forças Armadas de tropas irregulares, ou seja, que não componham regularmente os efetivos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, fixados por lei. Por outro lado, para funcionarem com regularidade, devem possuir efetivos de pessoal e meios materiais necessários ao cumprimento de sua destinação constitucional e demais atribuições subsidiárias estabelecidas em lei. Finalizando, por serem instituições permanentes e regulares, ‘os membros das Forças Armadas não são convocados apenas em momentos de comoção interna ou de conflito externo’ para, em seguida, serem dispensado. Pela mesma razão, as Forças de Mar, Terra e Ar vinculam-se à própria vida do Estado, perdurando, sem solução de continuidade, enquanto este existir” (ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 126-127).

cidadãos, ao qual o Estado outorgou poder de supervisão e mando, haja vista que, pelo contrato social estabeleceu-se que é tarefa do Soberano proteger os cidadãos⁴³³.

Da mesma maneira, o soldado profissional é responsável pela segurança da Pátria como Nação juridicamente organizada. Nesse diapasão, Silvio Martins Teixeira, citando Edward C. Betts, no seu prefácio ao livro *Military Law and Defense Legislation*, asseverou:

‘A Ação militar constitui o poder inicial e último do govêrno’.
(Edward C. Betts) Explica sua afirmação dizendo que é inicial na ocupação de território inimigo e última quando todos os outros poderes do governo são impotentes para conter os distúrbios internos ou a invasão hostil, e, assim, pode legalmente ser exercida na paz e na guerra, no território nacional ou estrangeiro, amigo ou inimigo, no interesse da justiça ou dos tribunais próprios ou de outro país⁴³⁴.

Ao tutelar as Forças Armadas e as polícias militares como instituições o Direito Penal Militar, embora, assim como no Direito Penal comum também sirva como garantia para que o cidadão militar e o próprio civil não sejam afetados em sua dignidade humana de forma arbitrária pelo Estado, tem a função de tutelar bens jurídicos especiais cuja lesão implicaria na própria ineficiência das referidas instituições no mister de assegurar a paz social, tanto no âmbito interno quanto externo, bem como tutelar os próprios direitos fundamentais nas situações de conflito.

Assim, dadas as missões que a Constituição atribui às Forças Armadas e às Polícias Militares surge uma relação especial de sujeição que justifica a limitação em direitos fundamentais que tem no Direito Penal e Disciplinar Militar instrumentos de reforço⁴³⁵. Com efeito, o Direito Penal Militar, em última análise, serve de elemento garantidor do próprio sistema, e por essa razão tem peculiaridades que justificam sua autonomia, não só no âmbito legislativo, mas também no que diz respeito ao trato pelo judiciário⁴³⁶.

⁴³³ PAWLIK, Michael. El funcionario policial como garante de impedir delitos. In _____. *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal. Trad. Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo López Barja de Quiroga, Teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 184.

⁴³⁴ TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo Código Penal Militar do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 12.

⁴³⁵ Cf. FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2015, p. 107-149.

⁴³⁶ Assevera Álvaro Mayrink da Costa que: “em suma, autonomia de um ordenamento se resolve, objetivamente, pela diferenciação de seu conteúdo, a substância específica de um ordenamento que confere entidade suficiente. Em outras palavras, a afirmação da autonomia do Direito Penal Militar está cientificamente condicionada ao problema de sua substantividade. A substantividade, que legitima intrinsecamente a autonomia de um ordenamento, consiste na especificidade de um núcleo exclusivo de interesses e bens jurídicos que, por seu relvo para a vida social, carece de tuterla singular e atrai para sua órbita toda uma trama de relações jurídicas afins, tendentes à realização daqueles bens e interesses. O Direito Penal Militar possui objeto específico, porque se constroi sobre uma categoria de bens e interesses que lhe é privativa por natureza. Se os bens jurídicos, penalmente considerados, comportam, por natureza, uma diferenciação em categorias e exigem tratamento

Isso porque o Direito Militar estaria intrinsicamente ligado à autopreservação do Estado, sua sobrevivência, que segundo Gilberto Bercovici, por envolver questões de segurança interna e externa, é um problema que diz respeito tanto a um governo autoritário quanto a um constitucional⁴³⁷.

Muito embora a maioria dos bens jurídicos tutelados pela norma penal militar não possam ser considerados “bens jurídicos individuais”, não se pode negar que a sua lesão, para além de ser tida como constitucionalmente relevante causa forte perigo de abalo para a manutenção da paz social e de forma mediata e imediata tem reflexo na garantia dos próprios direitos humanos, haja vista que tutela as instituições militares no seu mister.

Cabe observar que o Direito Penal Militar, na escolha de limitações da liberdade individual, é o mais rigoroso, porquanto restringe-se sempre ao círculo de liberdade, em razão da ascendente relevância social dos bens jurídicos, envolvidos em conteúdo especial e categórico, que diferencia os bens e interesses jurídico-militares cuja proteção eficaz se realiza através de um ordenamento próprio. A objetividade jurídica dos delitos militares, por essência, em torno dos quais se agrupam outros em que o interesse militar é predominante, evidencia a substantividade do Direito Penal Militar, cuja construção se funda numa espécie de ilícito, que é militar por natureza. Na verdade, o ordenamento castrense tutela *erga omnes* a função militar e não a pessoa que a exerce, por isso que esta, como indivíduo, encontra proteção geral na lei comum⁴³⁸.

Seriam, portanto, os bens jurídicos militares, recordando a lição de Renato de Mello Jorge Silveira, bens jurídicos de controle, relativos à organização do aparato estatal e à função de proteger a autoridade, a segurança interior e exterior etc⁴³⁹.

jurídico diverso, dão origem a ordenamentos autônomos. As Forças Armadas, que o pensamento constitucional define como Instituições Nacionais permanentes, não só exercem uma função vital no Estado como são a garantia suprema de sua sobrevivência. Como todo Estado, as Forças Armadas também carecem de regulação jurídica e de tutela eficaz para seus interesses naturais. Os distintos interesses em causa, juridicamente considerados, consubstanciam-se claramente na própria concepção dos delitos essencialmente militares. Se há crimes militares por sua natureza e a doutrina é pacífica na sua aceitação, embora com variações de critério, não há que se negar a existência de bens jurídicos específicos penalmente tutelados” (DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36).

⁴³⁷ Acentua o referido autor, com apoio em Negretto, que um governo totalmente subordinado ao Direito nunca existiu. Nessa preocupação com a auto sobrevivência do Estado, existe uma certa razão de Estado Constitucional, vinculada a temas como defesa constitucional e interesse nacional (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 39). O referido autor ainda destaca que o controle das medidas de exceção nos momentos de crise é uma questão mal resolvida e que, nesses momentos, o que comumente ocorre, e é natural, é a utilização da lei marcial e das medidas de exceção, sendo que o legislativo delega ao poder executivo, que o concentra, limitando a atuação do Parlamento a deliberações como a declaração de guerra, hoje em desuso (p. 41-42).

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁴³⁹ Nesse contexto é bastante válido apresentar a lição de Renato de Mello Jorge Silveira quanto aos bens jurídicos coletivos: “Von Liszt, em sua época, já havia mencionado a existência de uma diversidade de portadores de bens jurídicos. Para ele, ao lado dos portadores individuais, sobressaíam os supra individuais, entre os quais se encontra o Estado, portador dos interesses coletivos. Outros doutrinadores, como se viu, também desenvolveram essa ideia. U’a vez mais, percebe-se o alinhar de grande parte do pensamento modernos com o já pregado noutra época. Os bens jurídicos coletivos devem ser definidos a partir de uma relação social baseada

Deve se ter atenção para o fato de que antes de ser Democrático, um Estado tem de ser Estado, e é nesse contexto que as Forças Armadas e suas Forças auxiliares atuam e, por conseguinte o sistema criminal castrense, com o objetivo de promover a paz social.

Nessa esteira, Michael Pawlik salienta que:

Ainda que aos democratas radicais não seja agradável ouvir isto: para o indivíduo, a perspectiva de poder viver seguro e em paz entre umas eleições e outras tem muito mais relevância, no que se refere à liberdade, que o direito à participação democrática. Em consequência, a alternativa primária da teoria da liberdade não reza: democracia ou não democracia, senão: estado civil ou estado de natureza. Também um Estado democrático tem que ser primeiro um Estado. Portanto, tem que realizar as prestações que se esperam de um Estado – em primeiro lugar, a garantia da paz. O Estado fracassará nesta tarefa enquanto estiver em dúvida o dever de obediência de seus cidadãos. Portanto, o dever de obediência dos cidadãos tem de ser vinculado à estatalidade do Estado e não somente à constituição democrática deste último⁴⁴⁰.

Com efeito, a própria evolução histórica do Direito Penal Militar demonstra que o conceito de crime militar é estritamente ligado à ideia de soberania e organização das diversas sociedades no decorrer do tempo, ora aproximando-se, ora distanciando-se do sistema repressor comum, conforme as necessidades de ordem e automanutenção da própria organização social e de seu sistema jurídico⁴⁴¹.

numa satisfação de necessidades de cada um dos membros da sociedade ou de uma coletividade, em consonância com o sistema social. Não hão de ser fundamentados, pois, sob uma ideia tradicional, vislumbrando-se um caráter microssocial, mas própria e particularmente macrossocial. Assim, deixando *a latere* a dimensão individual e de dignidade, ou seja, a processos ou funções que este venha a cumprir para que, justamente, possam estar materialmente asseguradas as bases e as condições do mesmo, isto é, as relações microssociais, os mencionados bens jurídicos individuais. A necessária observação quando aos bens relativos a um tratamento macrossocial é a que nota sua subdivisão em bens institucionais, coletivos e de controle. Esses bens institucionais, conforme Bustos Ramírez, seriam aqueles relativos a determinadas instituições básicas para o funcionamento sistêmico, tendo por requisito a ideia dupla de massividade e universalidade, estabelecendo vias ou procedimentos organizativo-conceituais para assegurar os bens individuais. Já os coletivos põem em referência à satisfação de necessidades de caráter social e econômico, estando em relação à participação de todos no processo econômico-social – este o real objetivo da intervenção estatal. Por último, os bens de controle, seriam aqueles relativos à organização do aparato estatal, com o escopo de cumprir suas funções, como no caso dos crimes contra a autoridade, segurança interior e exterior, entre outros (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62-63).

⁴⁴⁰ “*Aunque a los democratas radicales no les guste oír esto: para el individuo, la perspectiva de poder vivir seguro y en paz en el día a día entre unas elecciones y otras tiene mucho mas relevancia, en lo que se refiere a la libertad, que el derecho a la participación democrática. Por consiguiente, la alternativa primaria de la teoría de la libertad no reza: democracia o no democracia, sino: estado civil o estado de naturaliza. También un Estado democrático tiene que ser primero un Estado. Por tanto, tiene que realizar las prestaciones que se esperan de un Estado – en primer lugar, la garantía de la paz. El Estado fracassará en esta tarea mientras este en duda el deber de obediência de sus ciudadanos. Por consiguiente, el deber de obediência de los ciudadanos se tiene que vincular a la estatalidad del Estado y no solamente a la constitución democrática de este ultimo*” (PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho Penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 40).

⁴⁴¹ Nesse sentido há que se ter em mente que já afirmava Thomas Hobbes, nos capítulos XXIX e XXX de sua célebre obra, que a missão precípua do soberano seria a obtenção da segurança do Povo e, se o inimigo obtém vitória em uma guerra, seja interna ou externa, o Estado é dissolvido, não havendo como assegurar o Direito e, por conseguinte, a Soberania (HOBBS, Thomas. *Leviatã* ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D’Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014, p. 238-239).

Foi esse, aliás o entendimento do Superior Tribunal Militar, nos autos da apelação nº 03-36.2005.7.05.0005/PR, da relatoria do Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, ao afirmar que no Direito Penal Militar há um entrechoque entre o fundamento da Soberania e o da Dignidade da Pessoa Humana em que, no caso do sistema repressivo castrense há uma tendência maior de tutela dos bens jurídicos do Estado que no Direito Penal comum.

Nessa senda, pode ser exemplificado com o próprio Direito Penal Militar Romano, como já citado no capítulo 3 do presente trabalho, que foi muito utilizado para manter a paz romana nas províncias do Império e que, de certa forma, foi a melhor expressão do sistema penal romano. Se as legiões romanas não podiam entrar em Roma, impedidas que eram, a princípio, de atravessar o Rubicão, no resto da Península Itálica e nas províncias, era a “justiça do comandante” a efetiva demonstração da “soberania” do Império e da repressão criminal à época.

Pode-se, ainda, relembrar, com esteio no que já foi analisado no capítulo 3 desse trabalho, que no início do Estado Moderno a contenção e organização das tropas pelas diversas ordenanças, nos diversos países europeus, e a lei do motim na Inglaterra, tiveram especial importância na definição dos territórios e na sua evolução posterior para o Estado Nação.

Também, sem qualquer juízo de valor, observou-se a utilização do sistema repressivo castrense, em diversos países do mundo para conter dissidências internas que poderiam abalar as estruturas de poder das diversas ditaduras que se instalaram pelo mundo e, para não ficar só no passado, vê-se a utilização de uma espécie de “corte marcial” pela nação que sempre se disse à frente dos movimentos em busca da democracia no mundo, na denominada “Guerra contra o Terrorismo”.

Ora, nessa esteira, a percepção de Jakobs sobre a função do Direito Penal e sua relação com a teoria do bem jurídico traria mais facilmente os contornos legitimadores ao sistema repressivo castrense, uma vez que o Direito Penal Militar, na sua dupla finalidade de manter eficiente as instituições Forças Armadas e, ao mesmo tempo, fazer justa a repressão da criminalidade militar, teria estrita ligação com a manutenção da ordem social nas situações extremas⁴⁴². Mas, essa análise, também é possível a partir de uma concepção funcionalista

⁴⁴² Jakobs funda sua teoria penal nos estereótipos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para quem o que traz estabilidade à sociedade é o cumprimento das expectativas. Para Jakobs a função do Direito Penal seria a manutenção do ordenamento jurídico e não a proteção de bens jurídicos, aos quais seria dado um papel de segundo plano. Nesse contexto, em suas próprias palavras, assim se pronuncia: *“La estructura normativa y libremente conformada de la Sociedad unicamente será, pues, real cuando las personas se comporten, sin grandes reservas, de manera libre y no se ritiren como harían si se hallaran en un terreno inseguro. Una persona unicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren, por lo general, en*

mais moderada como a de Roxin, que afirma ser necessária à legitimação do Direito Penal a proteção de bens jurídicos previamente estabelecidos na Constituição⁴⁴³.

Nessa linha de raciocínio, merece apoio o entendimento de David Brunelli e Giuseppe Mazzi ao afirmarem que o crime militar é o *“illecito penale in quanto lede o mette in pericolo il bene costituzionalmente sacro della difesa della Patria”*⁴⁴⁴. Sendo que essa afirmação não apenas serve ao sistema sancionatório castrense italiano, mas também ao brasileiro haja vista as missões que a Constituição atribui às Forças Armadas, como instituições.

Isso não quer dizer que seja tão somente esse o bem jurídico tutelado pelo sistema repressivo castrense. Não se está aqui a defender, também, que o crime militar tenha natureza política como já exaustivamente defendido, sobretudo pela doutrina italiana⁴⁴⁵. O que se defende é que a realidade das Forças Armadas e auxiliares é bastante complexa para se afirmar isso, e a nossa Constituição, sobretudo nos artigos 142 e 143, apresenta uma gama de vetores normativos que servem de paradigma para o legislador ordinário eleger bens jurídicos a fim de nortear um sistema repressivo castrense legítimo⁴⁴⁶.

sus intereses su próprio sustento, porque si no, se rebelaria este y el orden normativo perderia – no necessariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí – su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representaria ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos, sino también la seguridad de que no podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho; esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asinado. Hablando abstractamente, el Derecho en tanto pura normatividad no ofrece a las víctimas potenciales orientación alguna. Antes bien, requiere de una certa cimentación cognitiva (que será de diversa consistência, en función del peso del Derecho)” (JAKOBS, Günther. *Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal*. In JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTIS, Miguel. *Bien Jurídico, Vigencia de la norma y Daño social*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 30).

⁴⁴³ Aduz Roxin que *“el punto de partida correto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante polítocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa Concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema. Esta definición, al atender a ‘circunstancias dadas y finalidades’ en vez de a ‘interesses’ de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es prévio a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas”* (ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55-56).

⁴⁴⁴ BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 47.

⁴⁴⁵ Cf. LOBÃO, Celio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 58.

⁴⁴⁶ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

O que se está a afirmar é que a defesa da Pátria, seja externa, seja interna, é o bem jurídico a que se conectam todos os demais bens jurídicos tutelados pelo crime militar, que são, na sua grande maioria, considerados crimes pluriofensivos⁴⁴⁷. Ou seja, para tão somente citar os vetores normativos do artigo 142, a defesa da soberania do Estado Democrático de Direito fica abalada se as Forças Armadas, como instituições, não têm garantidas a hierarquia e disciplina; se os poderes constitucionais, nos seus pesos e contrapesos, não são respeitados; se a lei e a ordem são colocados em risco no território nacional. Isso porque qualquer uma dessas situações facilita uma agressão estrangeira à Pátria, uma vez que é muito mais fácil vencer uma nação dividida que uma nação coesa, tendo em vista que é mais vantajoso continuar a orientar o seu combate numa só direção que dispersar suas forças em diversos

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

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)

III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

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

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

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)

IX - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. (Regulamento)

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

⁴⁴⁷ SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez. *Los delitos contra el patrimonio en el código penal militar*. Madrid: Reus, 2017, p. 29.

flancos⁴⁴⁸. Ou seja, no que concerne ao Direito Penal Militar, o entrechoque entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito da Soberania e a Dignidade da Pessoa Humana e Político, tende mais ao interesse da Soberania do Estado Democrático de Direito que no Direito Penal comum, no qual há também esse conflito, muito embora mitigado⁴⁴⁹.

Em apoio a esse entendimento, Ney Prado, em elucidativo artigo a respeito das diferenças entre a disciplina a respeito das Forças Armadas nas Constituições de 1967/1969 e na Constituição de 1988, explicita que a Segurança Interna, ao contrário da ideia comum no sentido de que às Forças Armadas somente interessa a Segurança Externa, também interessa às Forças federais, e diferencia o referido conceito do que se denomina Segurança Pública:

(...) Mas é bom enfatizar que a Segurança Interna não é um desdobramento da Segurança Pública, mas um aspecto da Segurança Nacional. A Segurança Pública continua, é claro, a existir como conceito autônomo e tendo no poder de polícia sua atividade garantidora; sua importância é inegável e, por isto, se constitui como um requisito da Segurança Interna, sem que com ela se confunda. De fato, não há possibilidade de garantir-se a estabilidade do regime e da ordem jurídica numa nação se não há condições de se garantir a paz na convivência social. São inconfundíveis, mas, neste sentido e em certa forma, a segurança pública é um *præius* e uma condição para a realização da segurança interna. Mas as diferenças não ficam aí; enquanto a Segurança Interna tem seus pressupostos rigorosamente legais, a Segurança Pública, por dirigir-se à conveniência pacífica e harmoniosa da população, escora-se não só em valores jurídicos como em valores éticos estabelecidos nas vigências sociais de uma comunidade. Tem, portanto, outra natureza. O objeto da Segurança Interna é a Ordem Jurídica – o conjunto de princípios e normas vigentes numa sociedade, imposta pelo Estado; o objeto da Segurança Pública é a ordem pública – que não é um conjunto de princípios e de normas mas uma situação de conveniência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade⁴⁵⁰.

Dessa forma, concepções que defendem a extinção da jurisdição militar em razão de a realidade da forma de atuação das Forças Armadas haver mudado a própria concepção de hierarquia e disciplina, visto que o aumento da tecnologia armamentista, o incremento da profissionalização dos militares e a utilização cada vez mais recorrente de Forças Especiais nas novas táticas de combate, tenderia a flexibilizá-las, objetivando uma atividade cada vez mais coordenada que hierarquizada, como defendem José López Sánchez⁴⁵¹ e de Giovanni Fiandaca⁴⁵², caem por terra. Ora, a hierarquia e disciplina não são os únicos bens jurídicos

⁴⁴⁸ Cf. CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149.

⁴⁴⁹ Nesse sentido, importante julgado do Superior Tribunal Militar, da Relatoria do Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach Ap. Nº 03-36.2005.7.05.0005/PR.

⁴⁵⁰ PRADO, Ney. As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988. In: RAMOS, Dirceô Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 316.

⁴⁵¹ SÁNCHEZ, José López. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 88-110.

⁴⁵² FIANDACA, Giovanni. Quale specialità per il Diritto Penale Militare. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1079, jul/set.2008.

tutelados pelo Direito Penal Militar, nem, muito menos, os mais importantes. São bens jurídicos instrumentais para que algo muito maior seja garantido, a normalidade da vida em sociedade do Estado Democrático de Direito em tempos de crise, bem jurídico aliás, que não se adstringe à vida militar, pois a ela transcende, sendo responsabilidade de todo cidadão, as vezes em graus maiores, as vezes em graus menores, mas a todos eles, a fim de que se mantenha um estado de liberdades públicas.

Nessa linha de raciocínio, também, não é sem razão que a conceituação do crime militar é um tema reconhecidamente tormentoso. Na análise do referido objeto deve-se ter em mente que não se está adstrito a considerações apenas de ordem material e processual, mas que envolvem a própria jurisdição, para não se cogitar ainda, que o direito penal militar e o processo penal militar se utilizam, assim como o direito penal e processual comum, da assessoriedade do direito administrativo e disciplinar militar.

Há de se observar, numa análise minimamente científica do conceito de crime militar, que não há como dissociar do estudo do referido conceito o crime militar em tempo de guerra nem o crime militar em tempo de paz. Ambas são faces da mesma moeda, sendo cada uma utilizada quando maior ou menor o risco de abalo à soberania da Pátria, sendo seu estudo compartimentado um risco à visão sistêmica do ordenamento, que pode levar a conclusões no sentido de sua desnecessidade.

Na guerra total, a soberania da Pátria fica em extremo risco, razão pela qual, em área de efetivas operações militares ou em território estrangeiro militarmente ocupado⁴⁵³, até os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos no código penal militar, são considerados crimes militares em tempo de guerra, e a jurisdição do escabinato recai, nesse caso, sobre todos, indistintamente, sejam militares ou civis, trazendo para o âmbito do sistema criminal castrense a velha máxima da Nação em Armas, na qual todo cidadão é um soldado⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Versa o Artigo 10 do Código Penal Militar:

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

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

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

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

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

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

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado” (grifo nosso).

⁴⁵⁴ BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, Justiça e Processo Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 15, 1º vol.

Como bem aduz Michael Pawlik, todo cidadão, de certa forma, tem deveres negativos e positivos para com o Estado para que se mantenha a segurança pública e a paz social em decorrência do próprio pacto social, sob pena de que se instale o estado de selvageria, rompendo-se com a normalidade⁴⁵⁵. Se a afirmativa de Pawlik é válida para o âmbito da Segurança Pública, não é menos válida para o que tange a Segurança Externa do País, que, no caso específico do Brasil, é reforçada pelo dever do Serviço Militar Obrigatório.

Em tempo de paz, o risco de abalo à defesa da Pátria diminui, mas permanece. Como já houve oportunidade de se afirmar, nenhum Estado minimamente organizado prescinde de suas Forças Armadas⁴⁵⁶. Por essa razão, o âmbito de incidência do ordenamento repressivo castrense restringe-se. Mas não se apaga por completo⁴⁵⁷.

Mesmo nos Estados que optaram pela extinção da jurisdição militar organizada em tempos de paz e a extinção de seus códigos penais e processuais penais militares, observa-se que há um mínimo de normas penais referentes aos crimes militares nos códigos penais comuns⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ “Para hacer justicia a su tarea de aseguramiento de la libertad, el ordenamiento jurídico debe tener – en palabras de Welzel – en primer lugar ‘fuerza configuradora de la realidad’. Al igual Hobbes, Welzel considera que la tarea primera y más importante del Derecho consiste en ‘superar o reprimir la guerra civil, amenazante de forma abierta o latente, de todos contra todos y sustituirla por un orden que asegure la vida de todos’. Solamente cuando el ciudadano individual está libertado de la coerción de calcular permanentemente los riesgos existenciales de su conducta, se puede dedicar a otras tareas ‘más elevadas’. En esa medida, la expectativa de que la ‘envoltura simbólica’ que el Derecho coloca en torno a cada ciudadano individual no sea lesionada considerablemente por otros constituye la ‘condición’ previa de la personalidad’ y, con ello, también de la legitimidad de todo Estado obligado por la idea de la libertad personal. Expresado en una fórmula breve: el ordenamiento jurídico tiene que imponer el ‘dominio de la normalidad’. ‘Normalidad es el biótopo de lo normativo’. Ahora bien, la normalidad solamente impera cuando ‘los presupuestos de la felicidad humana y el éxito, del desarrollo personal propio y de la autorrealización ética se han convertido en una obviedad que pasa inadvertida, cuando se há expulsado a la violencia del espacio interpersonal, cuando existe confianza en el futuro, cuando las expectativas alcanzan una estabilidad que rige el actuar, cuando impera la fiabilidad recíproca’” (PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho Penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 40).

⁴⁵⁶ Fato notório que comprova essa afirmativa é que mesmo a Alemanha e o Japão, que após a segunda guerra tiveram seus contingentes militares praticamente reduzidos a zero, no decorrer da segunda metade do século XX reestruturaram suas forças armadas a ponto de a Alemanha, inclusive, participar de coalisões militares, em que pese o Japão, em decorrência de ser vitimado pela bomba atômica, ter um discurso bem mais pacifista.

⁴⁵⁷ Dessa forma, tem razão Renaldo Quintas Magioli que, com arrimo nas lições de José Cretella Júnior, assevera que é impossível suprimir por completo o aparelhamento judiciário militar, mas é possível aumenta-lo, estendê-lo, limitá-lo ou diminuí-lo (cf. MAGIOLI, Renaldo Quintas. *Uma Justiça Especializada, muito especial*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 85).

⁴⁵⁸ Sobre essa técnica legislativa discorre Millan Garrido, ao apresentar as três formas de tratamento dos crimes militares pelo mundo: “La tercera posibilidad consiste en incluir los delitos militares y demas particularismos que comporta el Derecho punitivo castrense en el Código penal. Tal sistema de incriminación conjunta o unitária, que aparecia generalizada en los países del Este europeo (Albania, Alemania Democrática, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungria, Polonia, Rumania, Unión Soviética y Yugoslavia) há tenido también acogida en otras legislaciones penales, com las de Corea del Norte, Costa de Marfil, República Popular China o Etiopia. En nuestro ámbito sociopolítico, tras la entrada en vigor en 1970 del Código penal militar austríaco, sólo el Ordenamiento sueco se incribe en este sistema técnico legislativo. Al respecto, se destaca como el que la legislación penal militar no excepcional, que se base n idénticos principios que el Derecho común punitivo, se

Dessa forma, tem-se que os crimes militares são delitos especialíssimos, não porque se restringem a uma categoria especial de agentes, os militares, mas porque tem como função a proteção, em última análise, da defesa da Pátria e todos os bens jurídicos que lhe são adjacentes. Por essa razão, o crime militar é um injusto especial, gravíssimo, de elevado potencial de danosidade social, pois coloca em risco a própria estrutura do Estado Democrático de Direito⁴⁵⁹.

Dessa digressão se pode concluir que os crimes militares, como delitos especiais e, portanto, delitos de infração de dever, são, na sua maioria, crimes pluriofensivos. Na sua maioria, os crimes militares ofendem mais de um bem jurídico, que podem ser inerentes a uma função estatal de defesa ou segurança e até mesmo individuais.

Sob um prisma objetivo, coloca em perigo de lesão a defesa da Pátria e seus bens jurídicos adjacentes, sob o prisma pessoal é a lesão de um dever do cidadão, seja militar ou não, para com o Estado Democrático de Direito.

Assim, o aporte teórico da teoria dos delitos especiais ou crimes de infração de dever, traz a solução para infundáveis discussões doutrinárias a respeito da classificação de crimes como o de insubmissão e do uso indevido de uniforme como crime propriamente militar ou impropriamente militar, tendo em vista que seus agentes, no caso do crime de insubmissão, são necessariamente civis e, no caso do uso indevido do uniforme, geralmente são civis⁴⁶⁰.

Classificaríamos crimes propriamente militares aqueles que são praticados apenas por militares, ou também por civis em coautoria e participação⁴⁶¹.

Haveria ainda uma classificação intermediária, de crimes capitulados somente no Código Penal Militar, por serem infrações restritamente contrárias aos bens jurídicos relacionados à defesa da Pátria. Não importando, dessa forma, serem militares os seus agentes. Seria a infração a um dever estritamente militar que impõe a responsabilidade do

encuentre marginada del Código penal es algo excepcional y que responde simplemente a una tradición histórica concreta, cuando no a una razón de oportunidad legislativa. Técnicamente, no sólo no existen reparos que impidan la inclusión en el Código penal de un sector de la legislación especial, a la que, desde ese momento, dado el carácter meramente topográfico de la 'especialidad', deja de pertenecer la materia incorporada, sino que tal absorción, como he observado en otro lugar, ofrece el atractivo de la simplificación y depuración de la legislación penal militar substantiva, la que, por otra parte, queda no sólo sustancial sino también formalmente sujeta a los principios que, en su parte general, el Código penal Establezca" (MILLÁN GARRIDO, Antonio. Prólogo a la primera edición. In _____. *Justicia Militar*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 2010, p. 41).

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 71.

⁴⁶⁰ Sobre a controvérsia, vide LOBÃO, Celio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 81-84 e ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

⁴⁶¹ Dessa forma acompanhamos o entendimento de CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de direito penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 23-24.

agente. Denominam-se esses crimes, no que se acompanha a lição de Claudio Amin Miguel e Ione Cruz, crimes tipicamente militares.

Por outro lado, segundo essa classificação, os crimes impropriamente militares seriam aqueles que, tipificados de forma idêntica na legislação penal comum ou tipificados apenas na legislação comum⁴⁶², além de lesionarem ou colocarem em risco de lesão os bens jurídicos comuns, como a vida, a incolumidade física, o patrimônio, a fé pública etc., o injusto típico teria estrita relação com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico militar ou ao dever militar. Nesse caso, como critérios norteadores da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico militar, o legislador se utiliza, no caso brasileiro, dos milenares critérios *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis*, desenvolvidos por mais de 500 anos na *praxis* romana.

Entende-se que os referidos critérios seriam elementos objetivos formais do tipo de injusto castrense que denunciam a lesão ou risco de lesão do bem jurídico militar.

Pelo critério *ratione personae*, portanto, observar-se-á se o agente ou ofendido é, em determinadas circunstâncias, militar, o que é indício de relevância para a tutela do bem jurídico militar mas não é evidência total desse fato, pois o crime de um militar não necessariamente será um crime militar. Entretanto, é certo, há interesse para a defesa da Pátria que seus guardiões não estejam envolvidos em condutas criminosas⁴⁶³ e nem sejam vítimas delas uma vez que isso afeta não apenas a credibilidade das Forças Armadas como instituições e a confiabilidade no agente (no primeiro caso), como também o fato de um militar ser vítima de uma conduta delituosa pode trazer forte abalo às relações hierárquicas e disciplinares bem como diminuir a força de defesa em razão de uma baixa no contingente.

A Constituição estabelece que “*são servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares*” (art. 42).

O artigo 22 do Código Penal Militar, a seu turno, estabelece que “*é considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar*”.

⁴⁶² A alteração procedida pela lei 13.491/2017 no artigo 9º do Código Penal Militar obriga a fazer essa ressalva.

⁴⁶³ Merece aqui a menção ao fato de que a condenação do militar das Forças Armadas a uma pena privativa de liberdade superior à 2 (dois) anos, seja na justiça estadual, seja na justiça militar, os sujeita à exclusão de sua corporação, seja de forma automática ou após conselho de disciplina, se praça, seja após ação de declaratória de indignidade para o oficialato, se oficial.

A jurisprudência explicita que militar em situação de atividade é o militar da ativa, ainda que de licença, de folga, à paisana ou em local não sujeito à administração militar, na esteira do que preconizam os artigos 3º e 6º do estatuto dos militares⁴⁶⁴⁴⁶⁵.

Importante ressaltar, que o artigo 12 do Código Penal Militar brasileiro estende, ainda, o conceito de militar em situação de atividade, para efeitos penais, ao militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar⁴⁶⁶.

Questionamento que se faria é se essa opção do legislador ordinário seria coerente com os ditames dos direitos humanos, segundo o Estado Democrático de Direito, haja vista que o militar em situação de atividade estaria sempre sujeito à lei penal militar. Defende, José López Sanchez, que melhor seria restringir a punição pela afronta à hierarquia e disciplina quando dos atos de serviço⁴⁶⁷.

Pontua-se aqui que, além de não ser coerente com a nossa tradição jurisprudencial e legislação infraconstitucional, tal entendimento não merece acolhida, haja vista que essa não parece ser a nossa realidade constitucional, tendo em vista que, em que pese sejam considerados servidores públicos, o Poder Constituinte originário explicitou uma série de

⁴⁶⁴ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 78.

⁴⁶⁵ Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

b) na inatividade:

I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e

II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

III - os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.

§ 2º Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida.

Ao seu turno essa é a prescrição do art. 6º do Estatuto dos militares:

“Art. 6º São equivalentes as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em atividade militar", conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas.

⁴⁶⁶ Art. 12. O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para o efeito da aplicação da lei penal militar.

⁴⁶⁷ Cf. LOPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de La Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 123.

restrições de direitos, sobretudo sociais, e deixou ao legislador ordinário dispor sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais de guerra⁴⁶⁸. Além disso, há relevante distinção entre a disciplina constitucional espanhola no que concerne às suas Forças Armadas e a disciplina brasileira. Lá, a natureza jurídica das Forças Armadas é de órgão da Administração, cá, quis o Poder Constituinte Originário, sua natureza é institucional, com todas as implicações que dessa distinção decorrem, como veremos mais adiante.

Quanto ao critério *ratione materiae*, diante do que já foi expresso pouco haveria de se comentar. Já é o critério estabelecido para delinear os crimes propriamente militares e os tipicamente militares. A lesão ou perigo de lesão à defesa da Pátria e de seus bens jurídicos adjacentes (hierarquia, disciplina⁴⁶⁹, dever militar⁴⁷⁰, coesão da tropa, serviço militar⁴⁷¹, neutralidade política etc.) são suficientemente legitimadores da intervenção penal mais rigorosa do sistema repressivo castrense.

Considerações há, entretanto, a serem feitas quanto a esse critério.

⁴⁶⁸ Art. 142, § 3º, inciso X, da CF.

⁴⁶⁹ A definição de hierarquia e disciplina é legal, e encontra-se estabelecida no art. 14 do Estatuto dos Militares. “Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo 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 mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”.

⁴⁷⁰ O artigo 31 do Estatuto dos Militares aponta os deveres inerentes de sua arte, dentre outros: “Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade”.

⁴⁷¹ Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

A primeira é quanto aos crimes contra a Segurança Nacional, também denominados crimes políticos. Por razões históricas amplamente conhecidas, o Poder Constituinte Originário brasileiro entendeu por bem transferir a persecução penal dos referidos crimes para a competência do juízo federal comum. Deve ser ressaltado, entretanto, que há, tanto no Código Penal Militar como no Código Penal comum, tipos idênticos que tutelam a segurança externa da Pátria brasileira. Diante dessa realidade, como deve agir o intérprete a fim de delimitar a competência para o processo e julgamento dos referidos crimes? Firma-se entendimento, ao contrário do que defende Célio Lobão⁴⁷², que a presença de qualquer dos outros critérios *ratione personae*, *ratione loci* e *ratione temporis*, atrai a competência da jurisdição militar federal para a persecução das referidas condutas.

Na mesma esteira, era de se criticar o tratamento dado pelo legislador ordinário brasileiro quanto ao crime de terrorismo e no que diz respeito à nova lei das organizações criminosas (sobretudo ao fazer referência às milícias e às organizações paramilitares) sem qualquer referência ou preocupação quanto ao sistema repressivo militar, nem às Forças Armadas⁴⁷³.

Outra consideração há de se fazer quanto ao bem jurídico patrimonial. Foi vontade expressa do Poder Constituinte Originário que a tutela do patrimônio sob administração militar das Forças Armadas fosse realizada pelo Direito Penal Militar⁴⁷⁴, sendo assim, não há de se objetar, mesmo em tempos de paz, que inclusive civis sejam denunciados por crimes em que se discuta a lesão ou perigo de lesão ao patrimônio sob a administração militar.

Quanto ao critério *ratione loci*, o que importa é o local do crime, não sendo relevante a qualidade de militar ou civil do agente⁴⁷⁵. Há de se observar que esse critério é vigente tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz. São relevantes para a defesa da Pátria os

⁴⁷² LOBÃO, Celio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 56-57.

⁴⁷³ No mesmo sentido, PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 143-154. Tal omissão, contudo, foi corrigida com o advento da Lei 13.491/2017 que estendeu a incidência dos critérios conformadores do crime militar previstos 9º, inciso II, do CPM aos delitos previstos na legislação comum. Assim, por exemplo, um militar em situação de atividade que, praticando um ato terrorista, mata ou fere um militar em situação de atividade, a princípio, pratica crime militar e, portanto, será julgado pela Justiça Militar, da União ou do Estado, conforme as instituições militares a que pertençam.

⁴⁷⁴ Observe-se que o inciso IV, do artigo 109 da Constituição da República prevê competência subsidiária da Justiça Federal em primeiro grau para o processo e julgamento dos “crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

⁴⁷⁵ Cf. LOBÃO, Celio. Op. cit., p. 61.

quartéis, bases, organizações militares, navios e aeronaves militares, bem como o teatro de operações e os territórios militarmente ocupados⁴⁷⁶.

Pelo critério *ratione temporis*, não apenas a diferenciação entre tempo de guerra declarada e tempo de paz é relevante, mas o fato de estar em curso uma formatura, um serviço de vigilância, de observação, exploração, um exercício, um acampamento, acantonamento, manobras, em missão de garantia da lei e da ordem e operações de paz é relevante para a determinação da tipicidade material e, por conseguinte, atrair a competência da Justiça Militar da União⁴⁷⁷.

Pelas razões expostas, diante da dificuldade em se restringir o conceito do crime militar, foi que o Brasil adotou, a partir da Constituição de 1946, o critério *ratione legis*, a fim de conceituar o crime militar, deixando ao arbítrio do legislador a definição do que seja crime militar. Tal critério é válido a fim de auxiliar o intérprete na aplicação da lei penal, entretanto, ao nosso entender, deve ser visto com reservas haja vista que não deve ser dado ao legislador considerar como crime militar qualquer conduta antijurídica, a fim de atrair para a competência da Justiça Castrense condutas que não têm qualquer relação com ela, como, por exemplo, já ocorreu em nosso país, quanto aos crimes contra a economia popular.

Assim, sempre que apontada pela lei penal militar uma conduta como crime militar, deverá o intérprete analisar se essa atinge de forma direta ou reflexa a segurança externa ou interna do Estado bem como as Forças Armadas e as Forças Auxiliares como instituições ou em suas atividades.

Feitas essas considerações, a discussão que se propõe é se, dada a realidade presente de atuação das Forças Armadas, não apenas no Brasil, mas também no mundo, uma realidade em que se pronunciam as denominadas “novas guerras”, seria legítimo e ao mesmo tempo eficaz, manter-se o sistema penal militar sob o binômio “tempo de guerra, tempo de paz”,

⁴⁷⁶ Importante ressaltar que de acordo com artigo 15, § 7º, da Lei Complementar 97/99, com sua alteração pela Lei Complementar 136/2010, as atividades de preparo e emprego das Forças Armadas no policiamento das faixas de fronteira, do mar e águas interiores; a atividade de Polícia Administrativa da navegação no mar e águas interiores pela Marinha do Brasil; a cooperação e apoio das Forças Armadas a forças de segurança pública e outros órgãos da Administração Pública nas denominadas operações interagências e o controle do tráfego aéreo para repressão de delitos, são consideradas atividades militares, para fins de conceituação do crime militar.

⁴⁷⁷ José da Silva Loureiro Neto, didaticamente, explicita que: “Formatura – lexicamente, significa ato ou efeito de formar; alinhamento e ordenação de tropa. Período de prontidão – lapso temporal em que a tropa permanece em sua unidade em estado de alerta para eventual deslocamento. Vigilância e observação – ato ou efeito de vigilar, espreitar. Exploração – procurar, descobrir; percorrer, estudando; em regra, explora-se terreno para cumprimento de alguma missão. Exercício – refere-se a adestramento de tropa. Acampamento – estacionamento de tropa em barracas. Acantonamento – deriva de acantonar, que significa dispor ou distribuir tropas por cantões; é o lugar onde se acantonam tropas, aproveitando das instalações existentes. Manobras – também visa ao adestramento da tropa com seu deslocamento da unidade” (LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26).

como no caso brasileiro, ou extingui-lo em tempo de paz, como fizeram alguns países da Europa.

A resposta é evidentemente negativa.

Pawlik, com sustentação na afirmativa de Beck de que o terrorismo pós 11 de setembro representou uma quebra da linguagem do Direito, propõe que tais questões sejam analisadas de forma mais realista, sugerindo que a tradicional distinção entre direito de guerra, direito de polícia e direito penal, tenham perdido a capacidade de explicar a situação caótica do mundo pós-moderno, necessitando-se de novos conceitos⁴⁷⁸.

Por mais que se deva defender o direito penal mínimo, há certas oportunidades em que o Estado deve se valer de meios rigorosos para que promova a paz social sob pena de se exaurir o próprio exercício dos direitos fundamentais. A Constituição, para tanto, utiliza-se de instrumentos jurídicos e fáticos. O texto constitucional brasileiro, dentre os instrumentos jurídicos, elegeu os institutos do Estado de Defesa e de Sítio, bem como a própria declaração de guerra. Afim de instrumentalizar essa defesa, que não é só do Estado, mas também da própria democracia, a Constituição elege instituições como as Forças Armadas e os órgãos de segurança pública, que no caso de agressão externa, agem como forças auxiliares.

Além de o Estado brasileiro, tanto no que tange à normatização constitucional, quanto no que tange a infraconstitucional, haver priorizado a proteção dos direitos humanos, no âmbito do Direito Internacional, firmou diversos tratados com esse desiderato, dos quais se destacam, com reflexo direto à atuação das Forças Armadas, as Convenções de Genebra e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Não se pode olvidar, entretanto, que mesmo a Constituição da República ou os tratados de Direitos Humanos firmados pelo Brasil se encontram em nítida defasagem em relação à realidade conflitiva que se impõe no sentido de proteger, não só o Estado Democrático de Direito, mas também, e principalmente, a população civil que fica sujeita à essa realidade conflitiva⁴⁷⁹.

Nessa esteira, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, defendendo a utilização do Direito Internacional dos Conflitos Armados nessa nova modalidade de emprego das Forças Armadas e mesmo na atividade de Polícia, é categórico em afirmar que há uma verdadeira zona

⁴⁷⁸ PAWLIK, Michael. El terrorista y su derecho sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno. In _____. *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal. Trad. Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo López Barja de Quiroga, Teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 151-152.

⁴⁷⁹ Conforme Carlos Frederico de Oliveira Pereira, muito embora o art. 3º. comum das Convenções de Genebra tenha sido recepcionado como norma supra legal pelo ordenamento jurídico brasileiro, esse tem dificuldades de aplicações nas novas realidades de emprego das Forças Armadas pelo Brasil.

cinzenta entre o conceito de Conflito Armado Internacional (ou realidade sociológica da Guerra Total) e a normalidade, sobretudo no que diz respeito ao combate ao terrorismo e ao narcotráfico, sobre o qual a ciência penal ainda não se debruçou e para o qual o tratamento penal convencional é ineficiente⁴⁸⁰.

Salienta o referido autor que as populações civis, tanto nos casos de terrorismo, como o do Estado Islâmico, como nos casos do narcotráfico, em grande parte da América Latina, ficam sujeitas a ações de violência e crueldade, por parte dessa criminalidade que se aproximam, quando não superam, a gravidade das hipóteses dos crimes de guerra⁴⁸¹. Por outro lado, não haveria a tutela adequada dos Direitos Humanos quanto a eventuais abusos das Forças Armadas ou Forças Policiais em situações de combate em que se utilizam táticas normais de infantaria⁴⁸².

Ora, a fim de aprimorar o mister dessas instituições, quando são estruturadas sob os ditames da caserna, o sistema de direito penal e processual penal militar trabalha como a *ultima ratio* de intervenção na esfera de locomoção dos indivíduos que ofendem ou colocam em risco de lesão os bens jurídicos militares.

Se a realidade fática demonstra que na atualidade há uma inegável disparidade entre o que se considera tempo de paz e tempo de guerra, no que concerne o emprego dessas forças, é salutar e legítimo que se desenvolva um subsistema intermediário a fim de melhor servir aos destinatários da norma penal castrense.

Nesse diapasão, considerando-se que, muito embora seja perfeitamente aplicável no Brasil, por força do disposto nos §§ 2º e 4º do artigo 5º da Constituição da República, o artigo 3º comum das Convenções de Genebra e toda a disciplina relativa ao direito de Guerra, sobretudo relativa aos crimes de Guerra do Tribunal Penal Internacional, sempre que se estiver diante de conflitos internos em que se observe violência armada prolongada, organização dos atores não estatais, uso das Forças Armadas (diante da insuficiência das forças policiais), controle territorial das forças oponentes e considerável número de vítimas⁴⁸³, é por demais evidente que, pela qualidade de norma internacional, fundada em parte pelo costume, em parte pelo consentimento outorgado mediante tratados e em parte nas ações e

⁴⁸⁰ “As atuais regras de repressão penal, no âmbito interno e internacional, são insuficientes para combater a criminalidade organizada violenta de domínio territorial, em termos de instrumentos jurídicos e operacionais, pois deixa a sociedade civil indefesa diante das ações violentas dos grupos criminosos. Apelar exclusivamente para as regras de aplicação da lei pena é querer tratar câncer com aspirina” (PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 61).

⁴⁸¹ Ibidem, p. 65.

⁴⁸² Ibidem, p. 30.

⁴⁸³ Ibidem, p. 63-68.

processos das organizações internacionais, sua autoridade, tanto normativa quanto descritiva, está sempre em disputa⁴⁸⁴.

Habermas salienta que o Direito Internacional não estaria apto a esse desiderato de salvaguardar a paz e segurança internacionais, impondo em escala global a proteção dos direitos humanos, a menos se, de um modo não seletivo, ele se instrumentalizasse de sanções capazes de intimidar os atores e Estados que quebrem tais regras e propõe a transformação do *ius in bello* em um direito de intervenção que “deveria muito mais parecer-se aos ordenamentos policiais intraestatais que à Convenção de Haia sobre a guerra terrestre, cujo desenho segue ainda o modelo das ações bélicas, e não o das formas civis de criminalização e execução das penas”⁴⁸⁵.

Com efeito, muito mais que implementar as regras do Estatuto de Roma no direito interno, haja vista que nossa legislação penal militar se encontra reconhecidamente defasada nesse aspecto⁴⁸⁶, um aprofundamento no estudo do vetusto e tão criticado Direito Penal Militar e sua adequação às normas de direitos fundamentais, tanto internas quanto internacionais, poderia trazer a resolução de muitas indagações que hoje se tem no trato dessas novas realidades denominadas de “novas guerras”. Ora, se numa concepção garantista radical pode-se entender politicamente incorreto utilizar-se do sistema repressivo castrense no trato com essas novas modalidades de emprego das Forças Armadas, pode-se dizer que tal postura é incoerente em seus próprios termos, uma vez que o Direito Penal Militar, para além

⁴⁸⁴ FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 22.

⁴⁸⁵“(…) debería parecerse mucho más a los ordenamentos policiales intraestatales que a la Convención de La Haya sobre la guerra terrestre, cuyo diseño sigue aún el modelo de las acciones bélicas, y no el de las formas civiles de criminalidad y ejecución de las penas”. Vale, ainda, a pena transcrever o pensamento do renomado filósofo: “De acuerdo con la Carta fundacional, la ONU há assumido ya hoy la tarea de salvaguardar la paz y la seguridad internacional, y de imponer a escala global la protección de los derechos humanos individuales. Supongamos contrafácticamente que estuviese a la altura de estas tareas. En tal caso, sólo podría cumplir sus funciones de un modo no selectivo si dispusiese de sanciones capaces de intimidar a los actores y Estados que quebrantassen las reglas. De este modo, la asimetría de fuerzas habría adquirido un carácter diferente. La transformación infinitamente trabajosa, y todavía improbable, de las guerras punitivas arbitrarias y selectivas en acciones policiales autorizadas por el derecho internacional, no sólo exige la existencia de un tribunal imparcial que decida acerca de actos criminales suficientemente especificados. También necesitamos la transformación del *ius in bello* en un derecho de intervención que debería parecerse mucho más a los ordenamientos policiales intraestatales que a la Convención de La Haya sobre la guerra terrestre, cuyo diseño sigue aún el modelo de las acciones bélicas, y no el de las formas civiles de criminalidad y ejecución de las penas. Dado que también las intervenciones humanitarias ponen en juego la vida de inocentes, la fuerza requerida debería estar tan minuciosamente regulamentada que las supuestas acciones de una policía mundial perdiesen su condición de pretextos y pudiesen aceptarse en el mundo entero como lo que son. Un buen test son los sentimientos Morales de los observadores globales. No se que la triteza y la compasión puedan desaparecer, pero sí esa indignación espontánea ante algo obsceno, una indignación que muchos de nosotros hemos sentido al contemplar durante semanas el cielo de Bagdad iluminado por los ataques con misiles”. (HABERMAS, Jürgen. Una entrevista sobre la Guerra Y La Paz. In _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006, p. 100).

⁴⁸⁶ Cf. PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: a responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 33-34.

de exercer função de controle a fim de manter a organização do aparato estatal serviria, atualizado pelos tratados de direito internacional relativos ao direito de guerra, como mais uma garantia aos indivíduos expostos a essa nova realidade conflitiva.

Nessa perspectiva, com a devida vênia daqueles que pensam contrário, entendemos que não merece guarida a teoria do bem jurídico individual, visto que, no caso do Direito Penal Militar, muito embora, a princípio, os bens jurídicos tutelados sejam mais afetos ao Estado, reflexamente, tutelam a própria existência dos cidadãos, já que, sem Estado, impera o caos, ou seja, fica em perigo a própria vida e, muito mais, a possibilidade de autodeterminação individual, núcleo do fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

Sem razão, ainda, Fernando Galvão, ao afirmar que não seria compatível com o Estado Democrático de Direito uma dualidade de sistemas, segundo o referido autor consubstanciada pelo fato de haver uma dicotomia de teorias com relação a Parte Geral do Código Penal Militar e do Código Penal comum, na qual o sistema militar seria mais gravoso, sendo denominado por ele de uma forma de “direito penal do inimigo”, sob o argumento de que o Código Penal Militar deveria, também, ser a carta magna do delinquente⁴⁸⁷.

Tal afirmação, muito embora reconhecida autoridade do autor, sofre de desvio de perspectiva. Primeiro por confundir Direito Penal Militar com Direito Penal do Inimigo e confundir os dois conceitos com o arcabouço teórico da escola causalista, sobre a qual, reconhecidamente, está fundamentada a Parte Geral do Código Penal Militar de 1969 e o próprio Código de Processo Penal Militar.

É inegável que o sistema penal militar, pelo próprio objeto que pretende tutelar, deve ser mais rigoroso que o sistema penal comum e ter tratamento autônomo e diverso. Dizer o contrário, seria negar a própria necessidade do referido sistema. Mas, confundi-lo com o Direito Penal do Inimigo, vai uma grande distância.

No Direito Penal do Inimigo, defendido por Jakobs, determinados criminosos ficariam excluídos das garantias penais e processuais penais visto que se autoexcluíram do pacto social, sendo legitimadas posturas arbitrárias e até mesmo ilegais do Estado no combate a essa criminalidade, sobretudo terrorista. Nas próprias palavras de Jakobs, não deve ser tratado como pessoa, haja vista que não presta fidelidade ao ordenamento jurídico⁴⁸⁸. Poder-se-ia afirmar que o que ocorre em Guantánamo é a maior expressão disso, pois que naquela base dos Estados Unidos há relatos de torturas, de detenções indeterminadas, de isolamento de

⁴⁸⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 153-157.

⁴⁸⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2006, p. 68.

prisioneiros, de negativa de *habeas corpus* etc., sob a justificativa de estar-se diante de combatentes irregulares⁴⁸⁹.

No sistema penal militar, muito embora a lógica do sistema seja outra que a do sistema penal comum, em que o Código Penal Militar, mais que o Código Penal Comum, é mais instrumento de defesa social que Carta Magna do delinquente, são, desde o início do século XX, respeitadas todas as garantias individuais, penais e processuais penais, não havendo razão no desconformismo quanto a escola de pensamento que norteou a Parte Geral, mesmo porque, essa não vincula o intérprete.

3.1.1.1. Hierarquia e disciplina e os princípios e valores da vida militar

Parece de clareza solar, nesse ponto da presente investigação, que o crime militar, que é a ofensa a bens jurídicos relacionados aos interesses militares do Estado no que concerne à sua segurança externa e interna, não é apenas o crime praticado pelos militares, mas também pode ser praticado por civis⁴⁹⁰.

A tutela dos referidos bens jurídicos, que vai legitimar a existência de um subsistema mais rigoroso, confunde-se com o reforço ao sistema disciplinar que estrutura as Forças Armadas em suas missões constitucionais, ressaltando os valores e idiosincrasias da vida militar que fundamentam não apenas um complexo de normas penais diverso, quando assumem relevância constitucional, mas também todo um sistema processual e as peculiaridades de um órgão julgador diferenciado, qual seja, o escabinato e, em decorrência, a existência da Justiça Militar, tanto em tempo de guerra como em tempo de paz.

Por essa razão, é recorrente a afirmação no sentido de que a jurisdição militar se justifica diante da especialidade dos valores e peculiaridades da vida militar, além do fato de, por razão prática, ser a única jurisdição possível em meio ao caos da guerra ou em crises em que permeia a instabilidade por conta do esgarçamento do tecido social.

Ora, se os bens jurídicos tutelados inerentes as missões das Forças Armadas e as peculiaridades da profissão e vida castrense legitimam todo um sistema repressivo penal militar autônomo que, além de diplomas legislativos próprios – código penal militar, código de processo penal militar, lei de organização judiciária militar – justifica a existência de toda

⁴⁸⁹ FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 33.

⁴⁹⁰ Há de se fazer aqui uma ressalva quanto ao crime militar no que diz respeito às Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. Tendo em vista que as missões das referidas corporações, muito embora sejam forças de reserva do Exército brasileiro, estão relacionadas ao trato da Segurança Pública, o Poder Constituinte Originário limitou a incidência do conceito apenas aos crimes militares praticados por militares, excluindo da jurisdição militar os civis (art. 125, § 4º, da CF).

uma jurisdição diferenciada, resta indicar que bens jurídicos e idiosincrasias da vida militar seriam essas.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, não apenas a hierarquia e disciplina são os bens jurídicos tutelados pela norma penal militar, mas há outros, como a neutralidade política, o dever militar, o serviço militar, a coesão da tropa etc., que merecem a proteção do sistema criminal castrense e seria muita presunção tentar resumir, no presente tópico, toda a realidade fática da vida militar que é abarcada pelo referido sistema.

Entretanto, cumpre enfatizar algumas peculiaridades das Forças Armadas como instituições e da vida militar que merecem atenção no trato da matéria, a fim de que não se faça um raciocínio em círculos e se caia no mesmo vício de outros de fazer uma análise meramente formal de assunto tão rico.

Ressalte-se a natureza institucional das Forças Armadas, que são, conforme estabelece o texto constitucional “instituições nacionais”. Isso significa que:

(...) reconhece-lhes, a Constituição, importância e relativa autonomia jurídica decorrente de seu caráter institucional; declarando-as permanentes e regulares, vincula-se à própria vida do Estado, atribuindo-lhes a perduração deste. Essa posição Constitucional das Forças Armadas importa afirmar que não poderão ser dissolvidas, salvo por decisão de uma Assembleia Nacional Constituinte. E, sendo regulares, significa que deverão contar com efetivos suficientes ao seu funcionamento normal, por via do recrutamento constante, nos termos da lei⁴⁹¹.

Servem, portanto, não apenas ao Governo ou ao Poder Executivo, mas à própria Nação Brasileira, podem ser acionadas por qualquer dos Poderes Constitucionais, devendo estar desvinculada de partidarismos⁴⁹².

Além disso, há de se ressaltar que além de representar a força coativa do Estado no sentido de fazer valer seus interesses perante as outras nações, fazendo valer a soberania, tanto no plano externo quanto no interno, são como outras instituições como a família, a escola, as religiões etc., estruturas primárias, responsáveis pela coesão do tecido social e pela ideia de cidadania, sendo sua corrupção um indício do fracasso dos cidadãos em apoiar voluntariamente essas estruturas primárias⁴⁹³.

⁴⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.737-738.

⁴⁹² Cf. PRADO, Ney. As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 316.

⁴⁹³ GARCIA, Maria. Militares e cidadania: Dobel, a corrupção do Estado e as ‘estruturas primárias’ da sociedade. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 55-56. Jorge Cesar de Assis assevera que “dizer que as Forças Armadas são instituições significa caracteriza-las como um conjunto de estruturas sociais estabelecidas pela tradição de nosso país, especialmente relacionadas com a coisa pública, com a defesa da Pátria” (ASSIS, Jorge César. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo*

Com efeito, no mister de defender a Pátria, cumpre às Forças Armadas, introjetar na sociedade os valores da virtude cívica de pertencimento ao país, a ideia de lealdade e o sentimento de solidariedade entre os cidadãos⁴⁹⁴.

Nesse contexto, a diferenciação da “profissão” militar não está, simplesmente, no arcabouço legal, mas na própria formação e peculiaridade da vida da caserna, que fazem sua realidade, muito embora relacionada à sociedade civil, um mundo a parte de valores⁴⁹⁵, deveres⁴⁹⁶, direitos e prerrogativas⁴⁹⁷, tradições, enfim, um outro modo de ser.

administrativo. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 26). Frank D. McCann, em alentado trabalho sobre a história do Exército Brasileiro no período entre 1889 e 1937, corrobora esse papel institucional da Força terrestre na sociedade brasileira, naquele período nos seguintes termos: “(...) No período analisado neste livro, o Exército era a única instituição nacional, o cerne do Estado brasileiro que se desenvolvia. Essa foi uma condição que ele assumiu espasmodicamente, quase a esmo, preenchendo o vácuo deixado pelo colapso da monarquia e pouco a pouco adquirindo a doutrina e a visão alicerçadora do seu papel de fato. Embora o maior número de unidades estivesse no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, a presença do Exército era sentida por todo o país, e seu pessoal, interesses, ideologia, visão e compromissos eram nacionais. A pátria brasileira estava acima da Constituição, do gabinete, do imperador ou do presidente. Os comportamentos excepcionais ou extralegais acabavam sendo justificados como atos de lealdade à pátria. Exceção entre as várias elites brasileiras, o corpo de oficiais das Forças Armadas era nacionalista por definição, inclusive por determinação constitucional. Os partidos políticos em 1889-1930 não eram nacionais, e sim regionais e/ou personalistas. A Igreja católica, embora presente em todo país, era internacional na composição do clero e também na ideologia, liturgia e propósitos. Embora o catolicismo certamente fosse o cimento da cultura brasileira, como salientou Gilberto Freyre, nem a Igreja nem os partidos políticos mantinham unidade do território brasileiro: quem fazia isso era o Exército” (McCANN, Frank. *Soldados da pátria: história do Exército brasileiro (1889-1937)*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 11).

⁴⁹⁴ Isso, por que “a crescente dissolução dos elos de lealdade entre os cidadãos incapacita o Estado de gerar sua própria milícia. Num Estado justo e estável, um exército voluntário de cidadãos servia a três finalidades. Primeiro, era um contrapeso aos ricos e poderosos. Enquanto os cidadãos controlassem a principal fonte legítima de coação e defesa, a lealdade das elites era reforçada pelo temor das armas. Segundo, cidadãos leais e comprometidos davam soldados melhores e menos ambiciosos. Terceiro, uma milícia participatória era uma grande igualizadora. Congregava todas as classes sociais e tornava a sociedade mais democrática em seus valores, reforçando a lealdade dos cidadãos em si” (DOBEL, John Patrick. A teoria da corrupção. *O Estado de S. Paulo*, p. 117-118, 24/02/1980 e p. 119 e 141, 02/03/1980; *Apud* in GARCIA, Maria. Militares e cidadania: Dobel, a corrupção do Estado e as ‘estruturas primárias’ da sociedade. In RAMOS, Dirceu Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 54).

⁴⁹⁵ Dispõe o art. 28 do Estatuto dos Militares que: “São manifestações essenciais do valor militar:

- I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;
- II - o civismo e o culto das tradições históricas;
- III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;
- IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;
- V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e
- VI - o aprimoramento técnico-profissional”.

⁴⁹⁶ Prescreve o art. 31 do Estatuto dos Militares que: “Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

- I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;
- II - o culto aos Símbolos Nacionais;
- III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
- IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
- V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
- VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade”.

⁴⁹⁷ O artigo 50, *caput*, do Estatuto dos Militares elenca como seus direitos os seguintes:

I - a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, quando oficial, nos termos da Constituição;

II - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação que possuía quando da transferência para a inatividade remunerada, se contar com mais de trinta anos de serviço;

III - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando trinta anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, **ex officio**, por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou na graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória;

- e
- IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:
- a) a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço;
 - b) o uso das designações hierárquicas;
 - c) a ocupação de cargo correspondente ao posto ou à graduação;
 - d) a percepção de remuneração;
 - e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;
 - f) o funeral para si e seus dependentes, constituindo-se no conjunto de medidas tomadas pelo Estado, quando solicitado, desde o óbito até o sepultamento condigno;
 - g) a alimentação, assim entendida como as refeições fornecidas aos militares em atividade;
 - h) o fardamento, constituindo-se no conjunto de uniformes, roupa branca e roupa de cama, fornecido ao militar na ativa de graduação inferior a terceiro-sargento e, em casos especiais, a outros militares;
 - i) a moradia para o militar em atividade, compreendendo:
 - 1 - alojamento em organização militar, quando aquartelado ou embarcado; e
 - 2 - habitação para si e seus dependentes; em imóvel sob a responsabilidade da União, de acordo com a disponibilidade existente.
 - l) a constituição de pensão militar;
 - m) a promoção;
 - n) a transferência a pedido para a reserva remunerada;
 - o) as férias, os afastamentos temporários do serviço e as licenças;
 - p) a demissão e o licenciamento voluntários;
 - q) o porte de arma quando oficial em serviço ativo ou em inatividade, salvo caso de inatividade por alienação mental ou condenação por crimes contra a segurança do Estado ou por atividades que desaconselhem aquele porte;
 - r) o porte de arma, pelas praças, com as restrições impostas pela respectiva Força Armada; e
 - s) outros direitos previstos em leis específicas.

No que diz respeito às prerrogativas, estabelece o art. 73 do Estatuto dos militares que, “as prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos.

Parágrafo único. São prerrogativas dos militares:

- a) uso de títulos, uniformes, distintivos, insígnias e emblemas militares das Forças Armadas, correspondentes ao posto ou graduação, Corpo, Quadro, Arma, Serviço ou Cargo;
- b) honras, tratamento e sinais de respeito que lhes sejam assegurados em leis e regulamentos;
- c) cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre o preso ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência; e
- d) julgamento em foro especial, nos crimes militares”.

O art. 74, a seu turno, versa que, “somente em caso de flagrante delito o militar poderá ser preso por autoridade policial, ficando esta obrigada a entregá-lo imediatamente à autoridade militar mais próxima, só podendo retê-lo, na delegacia ou posto policial, durante o tempo necessário à lavratura do flagrante.

§ 1º Cabe à autoridade militar competente a iniciativa de responsabilizar a autoridade policial que não cumprir ao disposto neste artigo e a que maltratar ou consentir que seja maltratado qualquer preso militar ou não lhe der o tratamento devido ao seu posto ou graduação.

§ 2º Se, durante o processo e julgamento no foro civil, houver perigo de vida para qualquer preso militar, a autoridade militar competente, mediante requisição da autoridade judiciária, mandará guardar os pretórios ou tribunais por força federal”.

Por fim, preleciona o art. 75, do mesmo diploma legal que: “os militares da ativa, no exercício de funções militares, são dispensados do serviço na instituição do Júri e do serviço na Justiça Eleitoral”.

O próprio texto constitucional já expressa uma série de restrições ao cidadão militar, como algumas limitações aos direitos políticos, sociais e às próprias liberdades individuais.

Observa-se assim, que o militar em período de prestação ao serviço militar obrigatório não possui o direito ao sufrágio universal. Além disso, aos oficiais e praças estáveis, se partir destes o desejo de concorrer a eleições, devem deixar a carreira militar, se tiverem menos de dez anos de serviço, ou permanecerão agregados no período que concorrem e, se eleitos, deverão passar automaticamente à inatividade⁴⁹⁸.

Quanto aos direitos sociais, a constituição resguardou a estes alguns direitos assegurados a todos os trabalhadores, como o direito ao 13º salário, salário-família, férias anuais remuneradas com um terço, licença maternidade, licença paternidade, assistência gratuita aos filhos e dependentes até 06 anos de idade em creches e pré-escola, sendo esse rol, contudo, taxativo, não admitindo interpretação extensiva⁴⁹⁹.

Por outro lado, é “taxativa também a proibição, dirigida aos militares brasileiros, de alguns direitos que são assegurados ao trabalhador brasileiro em geral: o direito à sindicalização, o direito à greve e o direito de filiação a partidos políticos enquanto no serviço ativo (art. 145, § 3º, IV e V)”⁵⁰⁰.

São características próprias da profissão de militar o fato de conviver por toda a sua carreira com o risco de vida; a sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia; dedicação exclusiva à Força, que o torna dependente de seus vencimentos e dificulta seu ingresso no mercado de trabalho⁵⁰¹; disponibilidade permanente durante as 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração complementar, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial; mobilidade geográfica, podendo ser movimentado a qualquer época do ano, para qualquer região do país, residindo, em alguns casos, em locais inóspitos e de restrita infraestrutura de apoio à família; exigem-lhe elevado nível de saúde física e mental, não só por ocasião de conflitos, para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, no tempo de paz; restrições a direitos trabalhistas como remuneração do

⁴⁹⁸ ASSIS, Jorge César. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 26-27.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁰¹ Há discussão na seara trabalhista se a prestação de serviço a empresas por policiais militares nos períodos de folga como “segurança patrimonial privada”, nos chamados “bicos” geraria vínculo trabalhista. A justiça trabalhista vem se posicionando no sentido afirmativo (cf. ASSIS, Jorge Cesar de. Considerações sobre o policial militar da ativa e a prestação de serviços de segurança em horários de folga. In _____. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 69-79). Tal entendimento decorre da proteção que se deve dar ao trabalhador na sua relação com o empregador. Ocorre, entretanto, que tal conduta, nunca deixou de ser infração disciplinar, no que tange a relação do Policial Militar para com a sua corporação.

trabalho noturno superior à do trabalho diurno, jornada de trabalho diário limitada a oito horas, obrigatoriedade de repouso semanal remunerado e horas extras; a necessidade de formação específica e aperfeiçoamento constante; vínculo constante com as Forças Armadas, mesmo quando na inatividade, quando na reserva, haja vista que devem se manter prontos para eventuais convocações e retornos ao serviço ativo, independente de estarem exercendo outra atividade, não podendo se eximirem dessa convocação, na forma da lei; a proibição de participar de atividades político-partidárias e a proibição de sindicalizar-se e de participar de greves ou de qualquer movimento reivindicatório⁵⁰².

Essas peculiaridades da profissão militar não afetam tão somente a vida do indivíduo, mas também, sua família, trazendo-lhes consequências como o fato de o núcleo familiar não estabelecer relações duradouras e permanentes na cidade em que reside, por passar, ali, curto espaço de tempo; formação de patrimônio extremamente dificultada; a prole é prejudicada em sua educação e o fato de haver comprometimento no exercício de atividades remuneradas pelo cônjuge⁵⁰³.

A carreira militar é estruturada de forma singular e tem especificidades que vão desde o modo de promoção e a forma como exercem suas funções até a maneira como tratam seus inativos, sendo um risco alterar os princípios dessa estrutura sob pena de inviabilizá-la para o fim a que se destina.

O militar exerce, ao longo de sua carreira, cargos e funções em graus de complexidade crescente, o que faz da liderança fator imprescindível à instituição. Esses aspectos determinam a existência de um fluxo de carreira planejado, obediente a critérios definidos, que incluem a idade, a capacitação profissional e os limites de idade, influenciando nas promoções aos postos e graduações subsequentes. A definição de cargos segundo postos, graduações e habilitações e a renovação permanente, possibilitada pela rotatividade nos cargos, é fator de manutenção da operacionalidade da Força⁵⁰⁴.

⁵⁰² BRASIL. Ministério da Defesa. *Manual de Fundamentos*. O Exército Brasileiro. Brasília: MD, 2014, p. 4-6. Assim, não pode ser vista como exagerada a afirmação de Frank D. McCann no sentido de que “por sua própria natureza, um Exército é diferente de outras instituições sociais. Como principal agente da violência do Estado, destaca-se e possui características especiais como organização social. Um Exército é uma instituição total, no sentido do termo empregado por Erving Goffman; seus membros distinguem-se de outros que seguem estilos de vida diferentes. Uma ‘característica central das instituições totais’ é ruptura das barreiras que separam as três esferas da vida – sono, lazer e trabalho – por meio do controle de onde, quando e como elas ocorrem. As instituições totais tendem a separar seus membros da sociedade circundante e empurrá-los para uma rotina rigorosamente controlada segundo um ‘único plano racional pretensamente formulado para tender aos objetivos oficiais da instituição’. Instituições desse tipo compõe-se de pessoas divididas em um numeroso grupo de indivíduos dirigidos e um pequeno grupo de supervisores, com pouca mobilidade social entre eles e modos específicos de lidar uns com os outros. As instituições totais socializam seus membros de maneiras específicas que moldam seu pensamento, auto-imagem e comportamento. Obviamente, seria de esperar que uma instituição total no Brasil reflita aspectos da cultura brasileira que a distinguem de instituições semelhantes em outros países” (McCANN, Frank. *Soldados da pátria: história do Exército brasileiro (1889-1937)*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 17).

⁵⁰³ BRASIL. Op. cit., p. 4-6.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 4-7.

Ou seja, a carreira militar é toda estruturada segundo o fim a que se destina, qual seja, a defesa da Pátria por meio da força bélica.

O cidadão fardado é, antes de tudo, alguém participe de um somatório de diferenças, que dá dimensão e aglutina as partes ao todo social. É o militar um cidadão intimamente ligado à história da qual, ativamente, participa e se orgulha. Mercê da cultura, nossa Instituição é consciente da força de sua identidade e do que representam os valores herdados do passado: um conjunto complexo de códigos e padrões que atende a uma elevação moral, que torna necessárias, aceitas e praticadas a disciplina e a hierarquia, que alicerça a organização e, por fim, que nos orienta no cumprimento fiel dos dispositivos constitucionais e no sobrelevado amor à Pátria⁵⁰⁵.

Nessa linha de raciocínio, a vida militar se pauta por toda uma ética⁵⁰⁶ diferenciada que vai estar presente no dia-dia e, ao mesmo tempo, influenciará e terá influência do

⁵⁰⁵ General-de-Exército Enzo Martins Peri, Comandante do Exército, em entrevista publicada na Revista 'da Cultura', ano VII – nº 12 – junho de 2007 apud in: MAGIOLI, Renaldo Quintas. Uma Justiça Especializada, muito especial. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 87.

⁵⁰⁶ Assim, os artigos 28 29 do Estatuto dos Militares impõem um nível de exigência ética superior a que devem estar submetidos os militares ao estabelecer que: “O sentimento do dever, o pundonor militar e o decore da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

- I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;
- II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
- III - respeitar a dignidade da pessoa humana;
- IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;
- V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;
- VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;
- VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;
- VIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;
- IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;
- X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;
- XI - acatar as autoridades civis;
- XII - cumprir seus deveres de cidadão;
- XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;
- XIV - observar as normas da boa educação;
- XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;
- XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decore militar;
- XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;
- XVIII - abster-se, na inatividade, do uso das designações hierárquicas:
 - a) em atividades político-partidárias;
 - b) em atividades comerciais;
 - c) em atividades industriais;
 - d) para discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizado; e
 - e) no exercício de cargo ou função de natureza civil, mesmo que seja da Administração Pública; e
- XIX - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar.

juízo do crime militar, através dos conceitos sentimento do dever, honra pessoal, pundonor militar e decoro da classe⁵⁰⁷.

O historiador Frank D. McCan assevera que esses valores estão previstos nas Forças Armadas de todo o mundo justificando, muitas vezes, a prática de duelos, resumindo-os no seguinte sentido:

Teoricamente, e pensando em bases internacionais, pode-se dizer que a identidade individual e os sentimentos de autoestima e satisfação de um soldado estão vinculados a seu senso de participação e integração em uma identidade coletiva maior. Um senso de honra compartilhado serve de ligação entre o soldado individual e a identidade coletiva ou corporativa. A formação da identidade pessoal ocorre por meio da socialização, que envolve uma contínua revisão da autoimagem do indivíduo. O treinamento do Exército visa a transformar um civil de mentalidade independente em um soldado disciplinado cuja autoestima provém da fusão de sua individualidade com os objetivos coletivos e as exigências de sua unidade. Honra, dever, país e disciplina são lemas do vocabulário militar no mundo todo. O Exército czarista russo, nas décadas de 1880 e 1890, mantinha tribunais de honra regimentares que determinavam como os oficiais ofendidos deveriam responder a insultos. Na Rússia ‘a defesa da honra era característica fundamental da identidade coletiva do corpo de oficiais. Um insulto à pessoa do oficial, a seu regimento, ao Exército como um todo ou ao czar requeria resposta instantânea’. Duelos de honra eram comuns em muitas sociedades do século XIX. Nos Estados Unidos, o mais famoso desses duelos foi entre Aaron Burr e Alexander Hamilton, dois ex-oficiais. Os oficiais do Exército americano duelavam apesar de existir regulamento proibindo o ato desde o início daquele século; até mesmo o general Winfield Scott, que redigiu o regulamento, desafiava para

Art. 29. Ao militar da ativa é vedado comerciar ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.

§ 1º Os integrantes da reserva, quando convocados, ficam proibidos de tratar, nas organizações militares e nas repartições públicas civis, de interesse de organizações ou empresas privadas de qualquer natureza.

§ 2º Os militares da ativa podem exercer, diretamente, a gestão de seus bens, desde que não infringam o disposto no presente artigo.

§ 3º No intuito de desenvolver a prática profissional, é permitido aos oficiais titulares dos Quadros ou Serviços de Saúde e de Veterinária o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil, desde que tal prática não prejudique o serviço e não infrinja o disposto neste artigo”.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, citando o Vade-Mécum Cerimonial Militar (VM 10), aprovado pela Portaria nº 156, de 23 de abril de 2002, o Ministro General de Exército Quintas Magioli esclarece que: “‘Ética militar é o conjunto de regras ou padrões que levam o militar a agir de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Sentimento do dever – refere-se ao exercício, com autoridade e eficiência, das funções que lhe couberem em decorrência do cargo, ao cumprimento das leis, regulamentos e ordens e à dedicação integral ao serviço. Honra pessoal – refere-se à conduta como pessoa, à sua boa reputação e ao respeito de que é merecedor no seio da comunidade. É o sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito que o militar se torna merecedor perante seus superiores, pares e subordinados.

Pundonor militar – refere-se ao indivíduo como militar e está intimamente relacionado à honra pessoal. É o esforço para pautar sua conduta como a de um profissional correto, em serviço ou fora dele. O militar deve manter alto padrão de comportamento ético, que se refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido.

Decoro da classe – refere-se aos valores morais e sociais da Instituição (Exército Brasileiro) e à sua imagem ante a sociedade. Representa o conceito social dos militares’.

Embora esses conceitos constem em documento elaborado no Exército, evidentemente, são válidos para todos os militares das Forças Armadas” (MAGIOLI, Renaldo Quintas. Uma Justiça Especializada, muito especial. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 87-88).

duelos. No Exército americano, a honra estava ligada ao cumprimento adequado do dever, que consistia em executar ordens lícitas. Evidentemente, o Exército americano possuía seus problemas específicos de honra e obediência, como demonstrado pela divisão em forças opostas na Guerra de Secessão; mas, de modo geral, a obediência era considerada honrosa, e as transgressões eram punidas⁵⁰⁸.

Além disso, a carreira militar, como um todo, está escalonada tendo em vista a estruturação das Forças Armadas no que diz respeito aos planos e princípios da teoria da Guerra, quais sejam, plano Político, que se restringe à discricionariedade do Presidente de República; Plano Estratégico, que é afeto ao Ministério da Defesa, Estado Maior da Defesa, Comandantes de Força e Altos Comandos (Ministro da Defesa e Generais de Exército); nível Operacional, que diz respeito aos Comandos Militares de Área, divisões e brigadas (Generalato); e, nível tático, que desce ao nível dos Batalhões (militares de alta patente, como Coronéis, Tenentes Coronéis e Majores). Importante lembrar, que no seu escalonamento, os batalhões se subdividem em companhias (comandadas geralmente por capitães), as companhias em pelotões (tenentes) e os pelotões em frações (sargentos e cabos).

Se os valores e a ética são os mesmos entre os militares das três forças, as peculiaridades dos seus empregos, seus costumes, sua história, sua mística e tradições peculiares, fazem com que, além de grande diferença para a sociedade civil, também tenham traços diferenciados⁵⁰⁹.

Tendo todo esse complexo de valores como pressuposto é que o ordenamento jurídico traça um sistema sancionatório de reforço consistente de um regime disciplinar diferenciado e do próprio sistema penal militar.

É certo que ainda são válidos princípios penais como os da *ultima ratio* e da fragmentariedade, mas, de certa forma, estes princípios não vão ter tanta incidência, pelo

⁵⁰⁸ McCANN, Frank. *Soldados da pátria*: história do Exército brasileiro (1889-1937). Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 36. Não é demais lembrar que o Código Penal Militar brasileiro também proíbe o desafio para duelo, como um crime contra a liberdade, no artigo 224, nos seguintes termos: “Desafiar outro militar para duelo ou aceitar-lhe o desafio, embora o duelo não se realize: Pena – detenção, até 3 (três) meses, se o fato não constitui crime mais grave.”

⁵⁰⁹ A título de exemplo dessa especificidade da vida militar, mesmo entre as forças, pode ser citado o vocabulário da Marinha. São exemplos de algumas expressões corriqueiras dos militares da Marinha da Armada as gírias: “Safo” (que é a palavra mais usual da Marinha e serve para tudo que está correndo bem); “onça”, que significa dificuldade (esta expressão vem de uma velha história de uma onça de circo, que era transportada a bordo de um navio mercante e se soltou da jaula, durante um temporal); “Safa onça”, que significa salvação, tudo que se soluciona na emergência; “pegar”, que é o contrário de estar safo, ou seja, estar “pegando” significa que não está dando certo; “rosca fina”, “voga larga” e “voga picada”, são expressões que externam o bom humor do homem do mar e significam, respectivamente, o superior, Oficial ou Praça, que é exigente na observância das normas e regulamentos, bem como na execução das fainas (missões para o marinheiro) e tarefas, advindo do “aperto” que o superior dá em seus subordinados. “Voga larga” é o seu antônimo, que vem da velocidade da remada didata pelo patrão dos remadores em uma embarcação a remos. Se for “voga picada” o regime de velocidade é maior e mais exaustivo para os remadores, enquanto a “voga larga” é mais tranquila (<https://www.marinha.mil.br/content/tradicoes-navais>, acesso em 10/01/2018).

menos no que tange aos crimes militares cometidos pelos militares, tendo em vista que, como se abordará adiante, é traço característico tradicional do sistema disciplinar militar o fato de se utilizar da restrição da liberdade como forma de sanção⁵¹⁰.

Hierarquia e disciplina, após o próprio conceito de soberania do Estado, são os bens jurídicos primeiros a serem tutelados pela norma penal militar. Mas não são os únicos.

Transparecem outros, como a neutralidade política, o patrimônio sob administração militar, o serviço militar, o dever militar, a unidade e coesão da tropa, a administração da justiça militar, a administração militar etc., todos quantos tiverem relevância constitucional.

Ora, se não tem razão Fernando Galvão ao comparar o Direito Penal Militar brasileiro ao Direito Penal do Inimigo, pelo simples fato de a Parte Geral do Código Penal Militar ainda ter matriz causalista, tem razão quando afirma que a hierarquia e disciplina não constituem fins em si mesmas, constituindo apenas:

(...) meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas instituições militares para o atendimento de suas missões constitucionais. (...) O estatuto repressivo, de maneira expressa, classifica os tipos penais incriminadores segundo o bem jurídico que é prevalentemente afetado pela prática criminosa e não há previsão exclusiva para crimes que afetem a hierarquia e a disciplina militar⁵¹¹.

E, por outro lado, não se deve adotar a postura de Célio Lobão, para quem:

O Direito Penal Militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar, acrescido da condição de militar dos sujeitos do delito. Portanto, somente são especiais os crimes propriamente militares, enquanto os impropriamente militares, embora inseridos no Código Penal Militar, não estão excluídos da categoria de crimes comuns e a circunstância de a lei ordinária, com autorização constitucional, os incluírem na jurisdição penal militar não os classificam como infração penal especial, porquanto a doutrina e a lei não oferecem suporte suficiente para que o delito comum se transmude em delito especial em função do órgão encarregado de sua aplicação. Apesar de julgados por ‘órgãos especiais constitucionalmente previstos’, determinados delitos previstos no Código Penal Militar, considerados como crimes comuns, embora aplicados pela Justiça especializada⁵¹².

Não merecem acolhida, também, alguns entendimentos como o de Jorge Cesar de Assis ao prescrever que somente seria legítima a incriminação de crimes militares afrontosos

⁵¹⁰ Na Itália, por exemplo, foi extinta a sanção disciplinar que implica na restrição ou privação da liberdade. Nos países em que se extinguiu a Justiça Militar em tempo de paz, entretanto, tal quadro sancionatório se manteve.

⁵¹¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: teoria do crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 157.

⁵¹² LOBÃO, Celio. *Direito Penal Militar. Direito Penal Especial. Direito Penal Comum. Direito Processual Especial*. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS. *Direito Militar: história e doutrina – artigos inéditos*. Florianópolis: AMJME, 2002, p. 44.

ao dever ou serviço militar, como o de abandono de serviço, quando este, embora os militares estejam previamente escalados, apresentem características nitidamente civis, como o serviço de “cassineiro” ou de “permanência” nos hotéis de trânsito em qualquer força armada⁵¹³.

Na mesma linha de raciocínio, inconvenientes à disciplina dos quartéis tem sido alguns julgados do Excelso Pretório que passam a desclassificar para crimes comuns crimes patrimoniais cometidos entre militares fora da área sob administração militar a partir do momento que o sujeito ativo da empreitada criminosa passa a não mais compor as fileiras da corporação a que pertencia quando da prática do crime, desnaturando o artigo 9º do Código Penal Militar⁵¹⁴.

Por outro lado, não há cabimento em considerar crime militar uma conduta apenas pelo fato de ser praticada utilizando-se a arma da instituição, como previa o Código Penal Militar na alínea f, do inciso II do seu artigo 9º, até a Lei nº 9.299/1996⁵¹⁵, pois não é a arma da instituição que qualifica o crime, mas o comportamento do militar contrário aos valores que tem por dever respeitar.

3.1.1.2. Anteparos limitadores

A partir da linha de raciocínio que desenvolvemos, procura-se apresentar os anteparos limitadores da incidência da norma penal militar, que servirão de baliza não apenas para o legislador, mas, também para o Poder Judiciário.

Os critérios relativos às missões constitucionais das Forças Armadas, costumeiramente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de excluir civis do âmbito de incidência da norma penal militar, sobretudo no que diz respeito às atividades subsidiárias exercidas pelas Forças, carecem de fundamento científico e não atendem às necessidades de legitimação do Estado Democrático de Direito e de eficiência do sistema penal militar como garantidor do pronto emprego e efetividade dos contingentes militares.

Como se pode observar, para além da hierarquia e disciplina, fundamentos jurídicos outros há que melhor legitimam a existência e manutenção de um sistema repressivo diverso do comum. A soberania do Estado Democrático de Direito, expressa como fundamento, na mesma hierarquia de valores que a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e o respeito à dignidade da pessoa humana, demonstram-se

⁵¹³ Cf. ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba; Juruá Editora, 2014, p. 591.

⁵¹⁴ HC 135675/MG, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 04/10/2016, DJE 14/03/2017.

⁵¹⁵ Jorge Alberto Romeiro registra pitoresco conflito de competência, decidido em favor do STM, a fim de processar e julgar crime de dano em paredes e mobiliário de clube esportivo civil, praticado por militar com metralhadora do Exército, em 1993.

como vetores a sustentar o conceito de Segurança do Estado, que pode ser multifacetado em Segurança Externa e Segurança Interna.

Nesse sentido, muito mais condizente com a doutrina do bem jurídico afirmar que o sistema criminal militar extrai, de conceitos como Segurança Externa e Interna, bem como dos tratados de Direitos Humanos e normas de Direito Humanitário que, simplesmente, tem como diferencial a tutela dos princípios de hierarquia e disciplina⁵¹⁶.

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar o entendimento de José López Sanchez que passa a defender que, não mais a hierarquia e disciplina deveriam ser os bens jurídicos a serem tutelados pelo sistema penal militar, mas a eficiência da própria Organização Militar como instituição⁵¹⁷.

Sem qualquer hipocrisia, em toda oportunidade em que as Forças Armadas como instituições são empregadas, sem que seja em caso de guerra declarada ou operações de paz, sobretudo na realidade brasileira, elas o são para solucionar a insuficiência da sociedade civil em determinada situação fática, quer seja relativa à segurança pública – *vide* os casos de GLO e policiamento de fronteira -, quer seja em atividades regulatórias e de fiscalização, bem como em atividades de defesa civil. Em qualquer dessas situações, sem o auxílio das Forças Armadas seria bem mais difícil de o Estado prover meios para suprir as necessidades da população, ou mesmo que a própria sociedade o fizesse, correndo-se o risco de se instaurar o caos generalizado, ficando em risco a incolumidade física dos indivíduos, o direito de ir e vir, a propriedade pública e privada etc.

No caso brasileiro, como houve oportunidade de se analisar, na exaustiva referência ao *Livro Branco de Defesa Nacional*, vê-se que as Forças Armadas, diante de reconhecido grau de subdesenvolvimento, o que se observa é que hoje se utiliza do soldado para todo desiderato, desde para “combater” narcotraficantes nos morros do Rio de Janeiro e no Norte do País⁵¹⁸, até utilizar sua capacidade logística e seu aparato médico em campanhas como a da dengue e outras epidemias e situações de calamidade pública. É triste a constatação, mas também nesse ponto não se deve ser hipócrita, no sentido de que os governantes e a própria sociedade brasileira se acostumaram com essa realidade, parecendo, de certa forma, que não

⁵¹⁶ Uma proposta conciliadora é a de que os crimes militares seriam na sua grande maioria pluriofensivos e remeteriam à hierarquia e disciplina como ícones de proteção que sustentariam o próprio sistema penal militar (cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 196).

⁵¹⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, José López. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007, p. 269.

⁵¹⁸ São pouco conhecidos do público geral os confrontos entre o Exército Brasileiro e as Farc na década de 90, sobretudo no pelotão de fronteira às margens do Rio Traíra, que inclusive ceifaram a vida de militares brasileiros que foram covardemente atacados por aqueles insurgentes.

se pretende se desligar dessa “tutela” que as Forças Armadas proporcionam nos momentos de crise. Os anos passam e tudo continua da mesma forma, e a sociedade civil brasileira permanece cada vez mais carente e insegura.

Nesse diapasão, sempre que as Forças Armadas, como instituições, estão a realizar qualquer atividade, mesmo que não seja aquelas previstas no artigo 142 da Constituição da República, como quer o Supremo Tribunal Federal, entendemos que, sendo a hipótese tipificada no Código Penal Militar, e presentes os requisitos legais do artigo 9º do Código Penal Militar, está-se diante de crime militar.

Exemplo infeliz e inusitado dessa controvérsia trata-se da súmula vinculante nº 36 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

A expedição de tais documentos é de exclusividade da Marinha do Brasil, haja vista que o país não possui guarda costeira, a polícia federal não tem aparato nem condições estruturais para realizar a referida atividade, nem os Estados federados, através de seus órgãos de segurança pública, têm condições e sequer interesse de intervir nessa seara. Sendo assim, a Marinha do Brasil, não por seu livre entendimento, mas em razão de mandados legais, exerce a fiscalização do tráfego aquaviário naval, fluvial e de cabotagem em todo o país, como atividade corriqueira da Administração Militar, sem se fracionar, como se existisse uma Marinha do Brasil própria ao exercício do Poder Naval e outra própria ao exercício do poder de polícia no tráfego aquaviário, poder de polícia este que, negligenciado, além de causar riscos à vida e incolumidade física das pessoas, causaria verdadeiro caos na economia do país que se utiliza de forma significativa do mar e de seus rios para o transporte não só de pessoas como de bens⁵¹⁹.

Ora, com sua decisão, que além de não respeitar o critério *ratione legis*, consagrado pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal tolheu da autoridade de polícia judiciária militar (a própria Marinha do Brasil), bem como de todo o aparato repressivo castrense, órgãos mais familiarizados com a matéria e mais propensos a dar uma resposta mais célere a referida criminalidade que, para além da falsificação propriamente dita, muitas vezes envolve

⁵¹⁹ Nesse contexto não é demais lembrar que certas regiões do Estado do Amazonas, por exemplo, somente têm ligação com o restante do Brasil por via aérea, muito dispendiosa principalmente para o transporte de cargas pesadas, e por via fluvial, que tem significativa participação no transporte e economia daquele Estado.

corrupção de militares, para entregar a investigação, processamento e julgamento da matéria, à Polícia Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal, já exacerbados com outras matérias bastante relevantes e sem expertise para tal.

É um contrassenso o Estado, por sua inegável incapacidade, impor, por meio de lei, missões às Forças Armadas, muitas vezes afetas à segurança pública, sem lhes dar os instrumentos adequados para tal. A Marinha do Brasil pode, no mar territorial brasileiro e mesmo nos incontáveis rios navegáveis do país, abordar embarcações, realizar fiscalizações com relação ao cumprimento de leis e regulamentos, mas não pode autuar alguém em flagrante pelo fato de estar na posse de uma carteira de arraes falsificada, causando riscos não só à fé pública, mas à própria navegação aquaviária, mesmo em áreas em que a autoridade da Polícia Judiciária comum está distante centenas de quilômetros⁵²⁰.

Ora, o critério *ratione legis* tem suas imperfeições no que diz respeito à conceituação do crime militar, por vezes exacerba sua incidência, por vezes, restringe-a de forma demasiada, mas não é razoável, sob o argumento de se estabelecer um viés mais garantista, de se apoiar em interpretações que além de nada científicas, não tem qualquer consideração à construção histórica do Direito Penal Militar nem, tampouco, à realidade do emprego das Forças Armadas, que, em muitas situações, se avizinha à precariedade de condições estabelecidas por uma guerra civil.

Dessa forma, entende-se que a presença institucional das Forças Armadas, além dos critérios tradicionais *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis*, em qualquer atividade, desde que legal, deve ser critério norteador no sentido de que há a possibilidade de haver interesse para a Defesa da Pátria e da segurança interna do país, havendo indício da presença de antijuridicidade militar.

3.1.2. Direito Penal Militar e finalidade da pena

A legitimação da aplicação da sanção penal, durante muito tempo, foi estudada de forma autônoma em relação às demais categorias do conceito de crime e seus princípios⁵²¹.

Muito embora Hans Welzel tenha advertido da necessidade de se analisar em conjunto a teoria do crime e a teoria da pena, a fim de se estabelecer um sistema penal mais

⁵²⁰ A Lei Complementar 97/1999 determina que a Autoridade Naval efetue a prisão em flagrante mas deixa a autuação a critério da Autoridade de Polícia Judiciária civil Federal ou Estadual, sempre que o crime não for considerado crime militar.

⁵²¹ CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 37.

harmônico⁵²², é a partir do momento em que Claus Roxin sugere que o sistema jurídico penal passe a ser um sistema aberto, recebendo os influxos de política criminal decorrentes da análise das funções limitadora e de prevenção geral e especial, que a finalidade da pena passa a ser objeto de maior destaque no estudo dos fundamentos legitimadores do Direito Penal⁵²³.

Com efeito, não se pode analisar a legitimidade do sistema penal apenas sob o prisma do crime relegando a discussão da legitimação da imposição da sanção penal a segundo plano, sobretudo diante da realidade no sentido de que no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ter uma finalidade, uma razão de existir. Nesse diapasão, entende-se que deve ser objeto desse trabalho a análise da finalidade da pena no sistema penal militar, primeiro, porque enquanto em outros países há preocupação quanto ao aprofundamento científico teórico, a respeito do tema, no Brasil, a doutrina, salvo raras exceções, sobre ele não se debruçou; segundo, porque em que pese o Código Penal Comum, no seu artigo 59, *caput*, tenha definido reprovação e prevenção como finalidades da pena, o Código Penal Militar é silencioso a respeito; e, terceiro, pelo fato de que em que pese possa parecer uma questão puramente teórica, diz respeito à própria legitimidade do *jus puniendi*, visto que definir a missão “perseguida pela pena no direito penal militar é importante para nortear a atividade desenvolvida pelo legislador penal militar e para orientar o juiz no que tange à aplicação da pena ao condenado”⁵²⁴.

Para contextualizar o assunto, deve-se partir do pressuposto de que tradicionalmente, a análise da finalidade da pena pelo estudo do Direito Penal se subdivide em duas grandes correntes, as teorias denominadas absolutas (ou retributivas) e as denominadas utilitárias (ou preventivas)⁵²⁵.

Para as teorias absolutas a pena seria vista como uma justa retribuição ao mal causado pelo agente pela prática da infração penal (*punitur, quia peccatum est*). Voltadas ao passado, teria na ideia de justiça, de dar a cada um o que é seu (*sum cuique tribuere*), o seu fundamento

⁵²² WELZEL, Hanz. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed., Trad. Juan Bustos Ramírez, Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 3, 44, 282.

⁵²³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30.

⁵²⁴ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 834-835.

⁵²⁵ De forma bastante didática e erudita, Antonio Luis Chaves Camargo traça a diferenciação das duas correntes teóricas: “A diferença fundamental entre as teorias absolutas e relativas está na base da legitimação da pena. Naquelas visava-se a obtenção de uma justiça absoluta (*punitur quia peccatum est*), enquanto nas relativas, além da retribuição pelo mal causado, havia uma utilidade preventiva, no sentido de evitar que o condenado voltasse a delinquir (*punitur quia peccatum est, ne peccetur*). Ainda nas teorias relativas, a necessidade da pena era a prevenção dos crimes, através da denominada prevenção geral e prevenção especial”. (CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 47).

e foi muito defendida entre autores da escola clássica, em geral influenciados pelo jusnaturalismo, já que que era vista como uma decorrência do exercício do livre arbítrio do agente em sentido contrário à lei penal⁵²⁶.

Por outro lado, as teorias utilitárias, ou preventivas, cuja finalidade se dirigiria ao futuro, partiriam do pressuposto de que a incidência da sanção penal deve ter como objetivo prevenir a prática de novos crimes pelo próprio indivíduo ou pelos outros atores do grupo social (*punitur quia peccatum est, ne peccetur*).

Seriam subdivididas em dois outros grandes blocos, conforme se destinem a evitar, ou pelo menos coibir, a prática de crimes por parte do agente ou por parte de outros indivíduos abstratamente considerados da sociedade, sendo denominadas de prevenção especial e de prevenção geral. Além disso, tais teorias de prevenção geral e especial são classificadas em “negativas” ou “positivas”, conforme a atitude negativa ou positiva que o sistema criminal procura imprimir ao agente ou aos integrantes do grupo social em virtude da aplicação da pena.

Na atualidade, salvo raras exceções, tem prevalecido a tese entre os penalistas no sentido de que, tendo em vista o fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana, só seriam admissíveis ao Direito Penal no Estado Democrático de Direito os fins preventivos gerais positivos⁵²⁷.

Realizado esse breve esboço a respeito da aplicação das teorias dos fins da pena como critério de política criminal a ser levado em consideração a fim de flexibilizar o sistema repressivo penal tornando-o ao mesmo tempo mais eficaz e legítimo na solução de casos concretos, tal como preconizado por Roxin, há de se levar em consideração que, muito embora seja um subsistema de Direito Penal autônomo, não há trabalhos científicos aprofundados a respeito da finalidade da pena no Direito Penal Militar brasileiro, sendo as considerações a respeito realizadas sempre em sede de manuais.

⁵²⁶ CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 38-45.

⁵²⁷ Para maior aprofundamento quanto ao assunto vide: CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Op. cit., 2002; ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998, p. 15-47; SCHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124-150; WELZEL, Hanz. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed., Trad. Juan Bustos Ramírez, Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1997, p. 3, 44, 285-286; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; HASSEMER, Winfried. *Prevenición General y Aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 45-82; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 341-363 e 491-503; JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzállez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8-19.

Também a presente tese não se presta a se aprofundar exaustivamente no tema, tendo em vista que este seria objeto para uma outra pesquisa científica. Entretanto, há algumas considerações relativas à comparação entre as finalidades da pena no Direito Penal Comum e no Direito Penal Militar que são importantes para a análise da legitimidade do sistema repressivo castrense como autônomo do sistema penal comum, que merecem ser analisadas no bojo do presente trabalho.

Como se pode observar da breve digressão apontada no tópico anterior, não há unanimidade na dogmática penal comum quanto à finalidade primeira da pena estatal. Divergem os doutrinadores entre as teorias retributivas, preventivas e mistas. Aqui, merece especial apreço, diante da escola de pensamento a que se filia, a teoria da prevenção geral positiva como a mais condigna com os ditames do Estado Democrático de Direito⁵²⁸.

E não poderia ser de outra forma, pois quando se vive o Estado Democrático de Direito em sua plenitude, ou seja, na normalidade em que o cidadão está liberado da coerção de calcular permanentemente os riscos de suas condutas, em que o direito lhe propicia a expectativa de que os pressupostos de sua personalidade não serão lesionados por outros,

(...) em que os pressupostos da felicidade humana e do êxito do desenvolvimento pessoal próprio e da autorrealização ética se tenham convertido em uma obviedade que passa inadvertida, quando se tenha expulso a violência do espaço intertemporal, quando existe confiança no futuro, quando as expectativas alcançam uma estabilidade que rege o atuar, quando impera a confiança recíproca⁵²⁹,

há possibilidade da retirada de instâncias externas de disciplina que será substituída pela autodisciplina dos cidadãos, mesmo porque o direito é a todos evidente, sendo o estado de liberdades decorrência da corresponsabilidade dos membros da comunidade de direito⁵³⁰.

Nesse estado de normalidade há coerência em se cogitar na finalidade da pena na função preventivo-geral positiva como a revalidação dos valores sociais vigentes, no reforço ao ordenamento jurídico ou mesmo como criadora de uma consciência de respeito a valores ético sociais.

Durante o tempo de guerra, parte da doutrina penal Espanhola chegou à conclusão de que, no sistema penal militar, entende-se que a referida realidade não se sustentaria⁵³¹. Por

⁵²⁸ Nessa esteira, a tese segundo a qual a finalidade da pena no Estado Democrático de Direito é a revalidação dos valores vigentes, defendida como tese de titularidade pelo saudoso Antonio Luis Chaves Camargo, parece-nos insuperável, pelo menos no plano teórico e ético.

⁵²⁹ KESRSTING, Wolfgang. *Politik und Recht*, 2000, p. 128 *apud* PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho Penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 41.

⁵³⁰ PAWLIK, Michael. *Op. cit.*, p. 43.

mais que as velhas teorias preventivo gerais e especiais negativas sejam consideradas antidemocráticas, a manutenção do Estado e das perspectivas de liberdade e segurança da população civil admitem que durante esse curto espaço de tempo, em que todas as forças do Estado devem estar direcionadas ao combate com o inimigo externo, que as penas assumam essa finalidade, ora criando temor psicológico aos possíveis infratores, ora neutralizando os nacionais e mesmo estrangeiros que contribuem para o desvio de atenção quanto ao objetivo comum de repelir a agressão estrangeira. Seria uma afronta à realidade entender que a finalidade da pena decorrente do crime militar nesse contexto, onde abundam os saques, estupros, latrocínios etc., em que os militares por instintivo temor à morte ficam mais expostos à deserção, traição, motins etc., seja criar uma consciência de preservação dos valores ético sociais, ou a revalidação dos valores sociais vigentes, ou mesmo a fidelidade ao ordenamento.

Nessa esteira, a exposição de motivos do Código Penal Militar Espanhol, com muita propriedade, afirmava que sobretudo em tempos de guerra, ante a necessidade de um pronto e exemplar castigo, em que pese a prevenção geral e especial coexistam, a primeira domina a segunda⁵³².

Não é por outra razão que, muito embora tenha sido abolida em muitos Estados europeus da Europa Ocidental, a pena de morte, para crimes graves, a exemplo da traição, espionagem etc.⁵³³, é uma hipótese de pena ainda prevista para o tempo de guerra por muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, com expressa menção no texto constitucional como sanção excepcional para o tempo de guerra⁵³⁴.

Quanto à finalidade da pena no âmbito militar em tempo de paz, a doutrina brasileira especializada diverge.

Enio Luiz Rosseto, por exemplo, afirma que ante a lacuna do Código Penal Militar quanto ao tema, deva-se aplicar a legislação penal comum, que no artigo 59 do Código Penal determina que, na sua aplicação, a pena seja fixada na medida necessária e suficiente para

⁵³¹ Nesse sentido, Francisco Javier de León Villalba pontua que o Direito Penal Militar é considerado um reforço ao sistema disciplinar das Forças Armadas e, por essa razão, as penas mais rigorosas se justificariam tendo em vista a necessidade de exemplaridade para os demais membros da tropa, conforme, inclusive, aduzia a exposição de motivos do Código Penal Militar espanhol de 1985. (LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 118-128).

⁵³² Ibidem, p. 119.

⁵³³ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 849.

⁵³⁴ Art. 5º, inciso XLII, a) da CR.

reprovação e prevenção do crime e, no que concerne à sua execução, tenha como finalidade proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado⁵³⁵.

A seu turno, Jorge Alberto Romeiro, ao discorrer sobre o tema, analisando a doutrina italiana de Pietro Vico e Manassero, assevera a distinção entre os crimes propriamente militares e os impropriamente militares. Segundo essa doutrina, os crimes propriamente militares, por lesarem bens e interesses tutelados pela lei penal militar, a segurança do Estado e a existência das Forças Armadas, teriam fundamento político na sanção penal, razão pela qual, seus autores sequer seriam considerados reincidentes. Por outro lado, a punição dos crimes impropriamente militares, bem próximos dos crimes comuns, seria de ordem moral, e, portanto, não haveria distinção entre o fundamento de umas e outras punições. Entendendo, que o Código Penal Militar brasileiro, diferente do italiano, contemplaria ambas as espécies de crimes, defende o referido autor que não haveria de ser feita distinção entre as finalidades da pena para os crimes militares e comuns⁵³⁶.

Em nítida divergência e, com maior razão, estariam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinguer, ao afirmar que dadas as peculiaridades dos bens jurídicos tutelados na seara penal militar, as afirmações teóricas relativas à finalidade das penas merecem passar por outro filtro, qual seja a manutenção da regularidade das instituições militares, pelo qual, em tempos de paz,

(...) serviria para reafirmar o Direito Penal Militar e os valores a ele inerentes, impedindo a delinquência no seio das corporações, o que redundaria, por paradoxal que possa parecer, no não intervencionismo estatal, agora pelo Poder Executivo, representado pelas Forças Armadas, pelas Polícias Militares e pelos Corpos de Bombeiros Militares⁵³⁷.

De certa forma, pode-se dizer que, também em tempos de paz, a função da pena seria preventivo geral negativa, exercendo forte influência dissuasória aos seus destinatários, na linha do que preconiza Jesus María Silva-Sanchez quanto às teorias dos fins da pena⁵³⁸.

⁵³⁵ ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 311.

⁵³⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

⁵³⁷ Cf. COIMBRA NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁵³⁸ O Professor Catedrático da Universidade Pompeu Fabra, sustentando que a teoria da prevenção geral positiva tem corte autoritário, elege como finalidade a prevenção geral negativa, afirmando que não obstante não se demonstre empiricamente que o recrudescimento das sanções diminui a incidência de crimes, estaria demonstrado por estudos criminológicos que a certeza da punição exerceria um efeito dissuasório nos indivíduos, não erradicando a prática de crimes mas exercendo sua contenção. No seu entender, a referida finalidade afastaria as críticas de instrumentalização do ser humano pelo Estado para a concretização de seus valores se o respeito às garantias e princípios do Direito Penal forem colocados no mesmo nível de importância

Dessa forma, também, em tempo de paz, a função preventivo-geral da pena recebe reforço no âmbito do Direito Penal Militar. Ocorre, entretanto, que de forma diferente da finalidade da pena no âmbito do direito penal comum, a função preventivo geral tem como peculiaridade reforçar os deveres dos cidadãos para com o Estado no que diz respeito às missões das Forças Armadas e auxiliares, havendo quem chegue a afirmar que pelo seu forte ingrediente profissional, ou dito de outra forma, sua finalidade primordialmente disciplinar, “*hasta el punto que puede decirse, sin demasiado riesgo de error, que el mismo, tal y como se configura en la moderna sociedad democrática, tende a ser un ‘Derecho disciplinario jurisdiccionalizado’*”⁵³⁹.

Nesse contexto, é salutar salientar que, a ideia de proporcionalidade da pena, decorrente principalmente da função retributiva das teorias absolutas, fica mais mitigada em apoio à função preventivo geral, uma vez que a finalidade é o exemplo, não sendo por outro motivo que, dada a excepcional gravidade do crime, pode o juiz punir a tentativa com a pena do crime consumado, conforme preceitua o parágrafo único do art. 30 do Código Penal Militar.

Para além de divagações jusfilosóficas, compreender como principal função da pena no direito penal militar a preventivo geral, tem reflexos de ordem prática. Adotadas, uma ou a outra concepção, resta evidente que a aplicação tardia da lei penal, muito embora ainda não fulminada a pretensão punitiva ou executória pela prescrição, perde em muito quando esta é aplicada e executada, já havendo sido excluído o militar infrator das fileiras das Forças Armadas. Nesse contexto, que infelizmente tem ocorrido com a grande maioria dos casos envolvendo a delinquência de conscritos no Brasil, haja vista que, mesmo havendo sido dada a resposta penal pela Justiça Militar, esta não tem qualquer reflexo no quartel, seja a fim de imprimir uma conduta positiva no sentido ao respeito à hierarquia e disciplina, seja no sentido de imprimir dissuasão na lesão dos referidos valores.

Além disso, é de se discutir se existiria um sentido específico preventivo geral especial positivo na aplicação da pena em razão da prática do crime militar. Quais valores devem ser reafirmados ao infrator da norma penal militar em sua ressocialização? Deve o sistema buscar recuperação do profissional militar delinquente, ou a execução da pena e sua individualização não tem esse escopo?

dado à dissuasão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 341-363 e 491-503).

⁵³⁹ Cf. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 124.

Com efeito, embora não seja esse o principal elemento diferenciador do sistema penal militar para o sistema penal comum, no que diz respeito aos fins das penas, tem sido esse o maior traço de preocupação doutrinária por razões práticas.

Fazia-se referência, a pouco, às considerações de Jorge Alberto Romeiro quanto à doutrina italiana que defendia a diferenciação de sistemas na fundamentação política da finalidade da pena nos crimes militares e moral nos crimes comuns. Observa-se, entretanto, que, contrariando sua tradição, a doutrina italiana vem sofrendo inegável reestruturação sistemática nesse sentido, entendendo que se deve levar em consideração mais quem seja o destinatário da reprimenda que propriamente a natureza jurídica do crime⁵⁴⁰.

Com efeito, vem ganhando relevo na Europa, no que tange às penas e suas finalidades no âmbito do direito repressivo castrense uma preocupação maior com o sistema penitenciário militar que, propriamente, com a finalidade da pena do crime militar⁵⁴¹.

Assim, na Itália, há uma inegável preocupação com a finalidade preventivo especial positiva da aplicação da pena aos militares, que teria como objetivo, não apenas criar condições para que o apenado se reinserisse ao meio social, mas principalmente, que retornasse às suas atividades ordinárias da caserna⁵⁴².

Naquele país, os militares, enquanto nessa situação, cumprem pena em estabelecimentos prisionais específicos a esse fim, onde não se afastam do princípio de que, mesmo recluso, o detento continua em serviço militar e, portanto, devem ser respeitados alguns princípios como estarem os praças e oficiais separados uns dos outros; deverem os praças receber instrução militar, ao menos uma hora por dia, e os oficiais realizarem tarefas de seu ofício que não sejam incompatíveis com a prisão; as praças não serem submetidas ao isolamento noturno, visto que é característica da caserna alojarem-se os militares de forma coletiva etc⁵⁴³.

Muito embora, de forma semelhante ao Brasil, haja a hipótese de exclusão do militar do seio das Forças Armadas, o que aqui chamamos de perda do posto e patente por declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, no caso dos oficiais, e simplesmente de exclusão para as praças, e lá se denomina “*degradazione*”, esta se dá

⁵⁴⁰ BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 130.

⁵⁴¹ Nesse sentido, Francisco Javier de León Villalba é categórico ao afirmar que “*es importante, no confundir la finalidad de las penas privativas de libertad con la finalidad del sistema penitenciário militar que, en este caso, sí cuenta com una regulación expresa y específica com respecto a la legislación penitenciária común*” (LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 124).

⁵⁴² Cf. BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 134. No mesmo sentido: RIVELLO, Pier Paolo. *Lezioni di Diritto Penale Militare*. 2 eds. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 91.

⁵⁴³ Cf. BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 134-137. No mesmo sentido: RIVELLO, Pier Paolo. *Op. cit.*, p. 89-94.

somente em relação a penas superiores a cinco anos de reclusão⁵⁴⁴, e, sendo assim, há como se conceber uma finalidade preventivo especial positiva no sentido de tentar “recuperar” os praças apenas para o serviço militar.

Da mesma forma, na Espanha, tal cuidado em se separar a execução da pena nos militares é uma realidade. Com efeito, não há apenas “Instituições Penitenciárias Militares” cuja finalidade é “a reeducação dos internos a fim de sua reincorporação às Forças Armadas ou, em outros casos, a sua reinserção social, assim como a detenção e custódia dos detidos, presos e apenados e, ademais, se acrescenta a função de ‘trabalho assistencial e de ajuda aos internos’”, mas também toda uma construção científica e jurisprudencial a respeito do tema⁵⁴⁵.

No Brasil, a existência de um sistema penitenciário também é uma realidade jurídica e a melhor doutrina reconhece a função preventivo especial específica com relação aos militares como bastante relevante.

No direito penal militar, a prevenção especial positiva precisa ser visualizada sob o prisma da especialização deste ramo do direito penal geral. Se não existe distinção de monta entre civis e aqueles militares que deixaram de sê-lo no tocante à reintegração social perseguida pelo sistema penal, o mesmo não acontece em relação àqueles que, condenados, não perderam a condição de militar. Para estes, a reintegração social não significa tão somente adaptação à convivência social, mas, sobretudo, a possibilidade de retornar ao ambiente da caserna e voltar a exercer suas funções em consonância com as normas regulamentares destinadas à preservação da hierarquia e da disciplina⁵⁴⁶.

Pode-se afirmar, entretanto, ao debruçarmos aprofundadamente sobre o tema, que a realidade tanto fática como sistêmica não é tão satisfatória quanto parece no que diz respeito à função preventivo especial positiva, no âmbito penal militar.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar, que não é propriamente a natureza do crime cometido que impõe a diferenciação no cumprimento da pena, mas sim, a qualidade de militar do infrator. Isso porque a prisão em estabelecimento prisional diverso se dá em razão de condenação por crime militar a pena privativa de liberdade de até dois anos⁵⁴⁷; sendo oficial da ativa, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto não for excluído da corporação⁵⁴⁸; em razão da prerrogativa de permanecer preso em estabelecimento

⁵⁴⁴ Cf. RIVELLO, Pier Paolo. *Lezioni di Diritto Penale Militare*. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 95.

⁵⁴⁵ Para maior profundidade quanto ao tema vide: LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 145-193, e Serrano Patiño, Juan Victorio, *El derecho penitenciário militar español*, Madrid, Edisofer, 2016.

⁵⁴⁶ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo, Método, 2015, p. 843.

⁵⁴⁷ Art. 595, alínea “a” do Código de Processo Penal Militar.

⁵⁴⁸ Art. 242, d, f, h, j, e parágrafo único, do CPPM.

militar, em decorrência de prisão provisória⁵⁴⁹, e; pelo cumprimento de prisão, em face de transgressão disciplinar.

Diante dessa realidade, e do fato de que é aplicado, salvo nas hipóteses de crimes em tempo de guerra, crimes contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, desrespeito a superior, de insubordinação, ou deserção, desrespeito a superior, despojamento desprezível, de ato libidinoso em área sob administração militar, e de receita ilegal, é concedido o *sursis* aos apenados condenados a penas fixadas até dois anos⁵⁵⁰, poucos casos há em que existe possibilidade de se imprimir uma reabilitação do militar para o serviço das armas, sendo a finalidade preventivo especial positiva relegada a segundo plano no âmbito castrense.

O que acontece, salvo em alguns bons exemplos no âmbito das polícias estaduais, é que os militares condenados por crimes militares a penas superiores a dois anos são, na sua grande maioria, excluídos, automaticamente ou em razão de representações de indignidade ou incompatibilidade, de suas corporações e passam a cumprir pena em estabelecimentos comuns, com prisioneiros comuns.

De plano, dessa forma, observa-se que a solução do atual do sistema penal militar causa certa perplexidade diante da realidade caótica vivenciada em nosso sistema carcerário. A solução dada pelo ordenamento jurídico no sentido de que o militar punido com pena privativa de liberdade superior a dois anos seja excluído, peremptoriamente caso seja praça das Forças Armadas, e, se oficial, após Acórdão do Superior Tribunal Militar em representação de indignidade, sendo alijado das unidades prisionais militares para o sistema penal comum, a nosso entender não é satisfatória. Sendo uma preocupação que tem se repetido na doutrina, não só brasileira, como estrangeira, visto que a prisão do delinquente militar juntamente com o preso comum pode ser considerada uma “faca de dois gumes”, pois pode ser alvo de assédio pelo crime organizado, uma vez que detém conhecimentos específicos a respeito das técnicas militares, alimentando a violência desse tipo de criminalidade⁵⁵¹, ou de outra banda, sofrer riscos no tocante à sua própria vida, incolumidade física etc., pela tradicional aversão que o preso comum tem em relação ao militar⁵⁵².

⁵⁴⁹ Art. 73, letra “c”, da Lei 6.880/80.

⁵⁵⁰ Art. 88 do CPM.

⁵⁵¹ Como exemplo histórico da ameaça à sociedade que isso significa podemos citar o fato de que, nas décadas de 1970 e de 1980, ao serem colocados em contato os criminosos políticos que tinham, em razão de contato com militares, conhecimento de técnicas de guerrilha e organização paramilitar, com criminosos comuns, foram criadas as condições para que organizações criminosas que hoje dominam os presídios brasileiros e dominam a criminalidade violenta no Brasil tivessem início, a começar pelo Comando Vermelho, no Estado do Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital, no Estado de São Paulo (no mesmo sentido: PEREIRA, Carlos

Deve ser vista de forma positiva, nesse sentido, a experiência da organização penitenciária da justiça militar paulista que possui o Presídio Romão Gomes, no qual os Policiais Militares e ex-policiais militares cumprem sua pena até o seu término, afastados da criminalidade comum. Necessita-se, de outro lado, preocupação com a realidade prisional militar em âmbito nacional, pois apenas a Marinha do Brasil possui um único presídio (localizado no Rio de Janeiro) e o Exército e a Aeronáutica, nos exíguos casos em que há possibilidade de execução da pena em estabelecimento prisional militar, impõem o seu cumprimento em xadrezes destinados ao cumprimento de sanções militares, geralmente contíguos aos Corpos das Guardas do seio das Organizações Militares, sem que haja maiores preocupações de política penitenciária militar⁵⁵³.

Defende-se, portanto, que o militar, e mesmo o ex-militar, que deva cumprir pena privativa de liberdade, que a cumpra em estabelecimento penal militar não apenas voltado às finalidades de reinserção deste à carreira militar, como também, voltado a impedir o seu contato com a criminalidade comum, haja vista que, quanto maior o seu grau hierárquico, maior risco à sociedade haverá se seus conhecimentos - não só táticos e estratégicos de combate, como também de inteligência, logística, de armamentos etc. - forem cooptados pela criminalidade organizada. Não se trata da defesa de um privilégio, mas de um apelo de defesa social.

Nesse diapasão, pode-se afiançar, que a finalidade precípua da pena no Direito Penal Militar é a de prevenção geral e que a função preventivo especial, no âmbito militar, não se dá, propriamente, em razão do crime, mas em razão da pessoa, qual seja, esse servidor público diferenciado denominado militar.

3.1.3. Sistema Integral de Direito Penal e Direito Penal Militar

Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 164).

⁵⁵² “(...) o militar condenado pertence ao estrato social que frequentou escola, constituiu família e teve profissão, o que facilita a função ressocializadora da pena. O militar condenado que cumpre a sua pena em presídio ou penitenciária militar tem maior chance de reintegração e de não reincidir. No entanto, se levado a cumprir pena em prisão comum, sofrerá todos os males do aprisionamento e, ainda, o fato de ser ex-militar das Forças Armadas ou das Polícias Militares. A aversão do preso comum ao ex-militar é conhecida. Daí o relevante papel dos estabelecimentos penais especiais destinados a receber o militar condenado” (ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 311).

⁵⁵³ Cf. DUARTE, Antonio Pereira. A vedação da visita íntima no sistema prisional militar sob a ótica da dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 26, ano 41, p. 87-88, nov.2016 Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

A ideia de sistema relaciona-se à ordenação e unidade de um conjunto de coisas, processos, partes ou conhecimentos reciprocamente considerados ou ordenados sob princípios⁵⁵⁴.

O Direito como dado cultural pode ser analisado sob a perspectiva sistêmica como uma unidade ordenada de princípios e regras, que pode ser preconizada de forma aberta ou fechada. A melhor doutrina penal defende uma concepção aberta de sistema penal, afastando-se da concepção fechada do positivismo jurídico.

Muito embora Von Litz, no apogeu da escola positivista, já defendesse que a dogmática penal, como sistema, estivesse aberta aos influxos da Política Criminal⁵⁵⁵, foi Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, que deu maior ênfase à ideia de que a dogmática jurídico penal deve ser alimentada pela Política Criminal fundada nas funções da pena para o Direito Penal conforme preconiza o modelo constitucional de cada Estado⁵⁵⁶.

Tal modo de pensar estaria estritamente direcionado a debelar verdadeira crise de legitimidade e eficácia que sofre o Direito Penal no contexto da sociedade complexa denominada reflexiva ou de Sociedade de Risco⁵⁵⁷. O funcionalismo, em todos os seus viéses, é o nome pelo qual tem sido denominada tal linha de pensamento, e tem orientado os estudos da dogmática penal alemã desde então e, via de consequência, da doutrina penal dos países do sistema jurídico romano-germânico como um todo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 10.

⁵⁵⁵ Esclarece Jesús Maria Silva Sanchez, ao fazer contraposição do pensamento de Liszt e de Binding, que a concepção do sistema jurídico penal de Von Liszt é fechada. Pressupõe-se como um sistema lógico que prima pela vinculação com a lei. A ideia de fim, de bem jurídico, advém da política criminal ou da sociologia criminal, que são dados políticos e não jurídicos (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 84). Alamiro Velludo Salvador Netto adverte que tal concepção era limitada no que concerne à concepção do Direito Penal como ferramenta de proteção da Sociedade, pois a ordem jurídico-penal seria vista como proteção do cidadão em relação ao Estado, postura consagrada na expressão de que o Código Penal é a “Carta Magna do Delinquente”, da lavra do próprio Von Liszt (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 65).

⁵⁵⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 115-133.

⁵⁵⁷ Sobre a crise de legitimidade e eficácia que vive a dogmática penal na atualidade e as respostas que esta oferece, vide: MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 22-23. Conforme a referida autora a proposta de Claus Roxin deve ser considerada como de um funcionalismo moderado, intermediário, que, ao mesmo tempo em que defende um Direito Penal de Segurança, procura manter os princípios e garantias básicas de um Direito Penal coerente com os ditames do Estado de Direito e as estruturas “clássicas” de imputação (ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998, p. 120).

⁵⁵⁸ Sobre o assunto vide: MENDOZA BUERGO, Blanca Op. cit. Também, Jesús Maria Silva Sanchez, que afirma que hoje, na Alemanha, a concepção finalista se resume aos estudos de Hirsh, tendo o modo de pensar funcionalista dominado praticamente todas as investigações da dogmática penal naquele país (SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 38).

Essa nova concepção jus-filosófica da dogmática penal tem trazido diversas contribuições e reflexões ao Direito Penal que vão desde considerações quanto aos seus fins, como as teorias quanto aos fins das penas, como quanto ao conceito de crime e seus elementos estruturais, como já tivemos oportunidade de esclarecer nos tópicos anteriores, quando discorremos a respeito dos princípios penais no Estado Democrático de Direito, sobre a teoria dos fins da pena e, ao final, sobre a teoria da imputação objetiva.

Em julho de 1993, teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Mannheim um colóquio em homenagem ao Professor Wolfgang Frisch cujo tema geral foi “Delito, determinação da pena e processo penal no sistema (integral) de Direito Penal”⁵⁵⁹. Do referido seminário produziu-se complexa e profunda obra denominada “El sistema integral del Derecho Penal”, na qual Jesús-María Silva Sanchez, Jürgen Wolter, Georg Freund, Lothar Kuhlen, Björn Burkhardt e Wolfgang Frisch discorreram sobre as bases do que seria um sistema integral de Direito Penal. Tal sistema não seria fechado e pautado somente nos paradigmas dos elementos do conceito analítico de crime, mas definitivamente aberto aos influxos de política criminal decorrentes do Estado Democrático de Direito, a partir de um conceito material de crime em que seriam critérios definidores o merecimento e a necessidade da pena. Tal sistema seria permeado por normas constitucionais, processuais penais e de aplicação da pena, uma vez que seria inequívoco que o Sistema de Direito Penal faz parte de um sistema social mais amplo⁵⁶⁰.

Tomando as considerações da referida obra, na Espanha, o professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra Jesús Maria Silva Sánchez fez importantes atualizações na segunda edição de sua monumental *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, de 2012⁵⁶¹ e, no Brasil, Alamiro Velludo Salvador Netto defendeu substancial tese de doutorado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que, após, veio a ser publicada sob o título *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*⁵⁶².

⁵⁵⁹ WOLTER, Jürgen; FREUND, George. Prólogo à edição alemã. In _____; _____. (eds.). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 7.

⁵⁶⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In _____. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 222.

⁵⁶¹ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012.

⁵⁶² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

De forma singela, cumpre explicitar as principais ideias sobre conceito material de crime e sistema integral de Direito Penal, comentadas nas referidas obras⁵⁶³.

O referido sistema parte do pressuposto de que os fins do Direito Penal no Estado Democrático de Direito devem alicerçar todo o conjunto de princípios ordenados pela dogmática jurídico penal, a fim de que seja legítimo⁵⁶⁴. Assim, dever-se-ia contribuir para consolidação de um conceito material de crime, uma vez que o apego tão somente ao conceito analítico de crime, estabelecido por Liszt e Belling, consubstanciado na mera consideração de se tratar uma conduta típica, antijurídica e culpável seria insatisfatório, visto tratar-se de construção própria de um sistema dogmático fechado, demasiadamente formal e desprovido de conteúdo, carente de legitimidade⁵⁶⁵.

Adverte Alamiro Velludo Salvador Netto que o Sistema Penal tradicional concebido a partir de um conceito analítico formal de crime é uma obra sempre por acabar, conforme diversas construções dogmáticas e retóricas no que concerne aos seus elementos, tal estrutura, no entanto, não tem como se contrapor às necessidades da sociedade pós-moderna, marcada pelo expansionismo do Direito Penal positivo. Hoje, mais importante que considerar o que é o crime seria a investigação a respeito de que comportamentos devem ser incriminados⁵⁶⁶.

Ainda mais contundente, Frisch salienta que a dogmática penal construiu um sistema impressionante sobre as características particulares do delito, mas que não consegue responder, em essência, o que converte um fato injusto em delito e acrescenta que a teoria do bem jurídico, considerada por muitos como a resposta para tal indagação, resultou numa verdadeira fraude às pretensões de quem dela esperava essa resposta, uma vez que a noção de bem jurídico permitiria construir qualquer coisa⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Uma vez que de forma aprofundada seria impossível haja vista que mudaríamos o tema da presente tese e em nada contribuiríamos à dogmática penal brasileira pois a obra de Alamiro Velludo Salvador Netto é exaustiva, para qual remetemos o leitor.

⁵⁶⁴ Nesse sentido é a lição de Jesús María Silva Sanchez que ao contrapor uma sistemática classificatória própria dos sistemas tradicionais que se satisfazem com os elementos do conceito analítico de crime, defende uma sistemática teleológica nos seguintes termos: “(...) *Ciertamente, sólo ella coordina la reflexión acerca de los fines que hná de cumplir el Derecho penal, atribuyendo a la teoría del delito su carácter fundamental de instrumento orientado al cumplimiento de tales fines, de médio de cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos atribuidos al Derecho Penal. Sólo de este modo puede, a mi entender, legitimarse un determinado sistema dogmático: en la medida en que no constituye un mero edicio artístico, sino que responde a la realización de los fines que legitiman la presencia del Derecho Penal en la Sociedad, integrándose armonicamente en su marco general*” (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 602).

⁵⁶⁵ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 26-34.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 26-34.

⁵⁶⁷ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In _____. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito, determinación de la pena y processo penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 195. No mesmo sentido é o entendimento de Jesús Maria Silva Sanchez que pondera que as discussões a respeito dos elementos do conceito analítico de crime, se este seria tripartido (injusto típico e culpável) ou bipartido (injusto culpável), não

Nessa esteira, pontua o referido autor que o que converteria um fato em delito se esgotaria na ideia de que a conduta deve ser um injusto merecedor e necessitado de pena⁵⁶⁸.

Assim, os critérios de merecimento da pena e de necessidade de pena, segundo a missão dada para o Direito Penal pela Constituição de cada modelo de Estado, deveriam ordenar não só a dogmática jurídico penal, mas também o trabalho do Poder Legislativo ao criar a norma penal, estabelecendo os tipos penais, como também o Poder Judiciário na concretização do *ius puniendi* estatal⁵⁶⁹.

A fim de racionalizar e explicitar a estrutura do sistema penal integral, a maioria dos autores que sobre ele se debruçam, propõe teoria da norma penal que é formada por preceito propositivo de uma conduta, denominado norma de conduta ou norma primária, e um preceito sancionador, denominado norma secundária⁵⁷⁰, isso, porque é a norma o “*instrumento essencial de que se serve o Direito Penal para o cumprimento dos fins preventivos e garantísticos que justificam sua intervenção (como intervenção mínima) na sociedade*”⁵⁷¹. De forma bastante resumida, no sistema normativo penal, as normas primárias seriam destinadas ao cidadão comum, impondo comportamentos negativos em detrimento aos bens jurídicos, ou expectativas sociais para alguns, caros a dado ordenamento jurídico, e a norma secundária se dirigiria ao Estado Juiz que seria obrigado a impor a sanção penal sobre todo aquele que comete infração penal⁵⁷².

trouxeram resultados práticos no que diz respeito a efeitos de política criminal (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 595-596).

⁵⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In _____. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito*, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 195.

⁵⁶⁹ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 275-281.

⁵⁷⁰ Trata-se da teoria das normas penais, inicialmente concebida e desenvolvida por Binding e M. E. Mayer, que foi rechaçada principalmente pelo fato de que para os referidos autores a norma primária não teria natureza penal, e que, nos anos 70, foi novamente retomada por Maurach, por entender insuficiente a lesão a um bem jurídico como critério para a imposição de pena (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 22-25). A referida teoria das normas penais tem sido revisitada por muitos daqueles que se debruçam sobre o sistema de direito penal integral. Jesus Maria Silva Sanchez, que é partidário da utilização da teoria das normas penais como forma de estruturação do sistema integral de Direito Penal, afirma que estão entre os autores que adotam a referida teoria Wolter, Rudolphi e Frisch na Alemanha, e Mir Puig, na Espanha; e que segue avesso à referida teoria Bernd Schunemann (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 604). Entre nós, podemos afirmar que Alamiro Velludo Salvador Netto é partidário da estruturação do sistema integral de direito penal fundado na teoria das normas jurídicas.

⁵⁷¹ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit., p. 605.

⁵⁷² Reputamos por valiosa a lição de Jesús Maria Silva Sanchez: “(...) *las normas primarias (como normas de conducta expresan el objetivo de regulación del Derecho penal mediante el establecimiento de directivas de conducta, que se ven contrariadas por determinados comportamientos (que se estiman, en abstrato, delictivos: propiamente hablando, antinormativos, penalmen te antijurídicos). Por su parte, las normas secundarias toman como presupuesto para sua aplicación la producción del hecho delictivo completo. Ello significa que la doctrina de la antijuridicidade penal aparece condicionada por la misión de la norma primaria, mientras que la doctrina de las demás categorías delictivas se halla presidida por la misión de la norma secundaria. En suma, los fines del Derecho penal condicionan inmediatamente la estructura y el contenido de las normas jurídico penales y,*

Será no âmbito da norma penal primária e de sua construção que já se apreciam a antijuridicidade e a tipicidade, muito embora sob seu aspecto formal. Demonstra-se, portanto, importante que o Legislador seja atento aos fins do ordenamento constitucional vigente selecione somente aquelas condutas a ele contrárias (antijuridicidade) e consideradas merecedoras de pena, para descrevê-las na lei que conformará a norma penal abstrata (tipicidade formal)⁵⁷³.

Ainda, nessa linha de pensamento, ao ser praticada determinada ação supostamente passível de subsunção, o Poder Judiciário, novamente levando em consideração os critérios de merecimento e necessidade de pena, não só avaliaria se a conduta é de forma concreta contrária ao Direito e se ao agente era possível conformar-se ao direito nas circunstâncias em que o injusto típico teria sido praticado (culpabilidade) – injusto culposos - mas, também, se não haveria algum impeditivo de ordem constitucional, processual, ou mesmo, na aplicação da pena que impediria a punição⁵⁷⁴.

A essa conformação dogmática sistêmica que parte do pressuposto de que o Direito Penal é um subsistema social, que recebe os influxos de outros sistemas normativos como o Constitucional e o Processual Penal, e que tem como missão a realização dos fins a ele determinados pelo modelo constitucional de Estado é que, de forma sucinta, conceituar-se-ia sistema integral de Direito Penal⁵⁷⁵.

mediatamente, la configuración de las categorías del delito y su respectivo contenido” (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 606).

⁵⁷³ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 138-164. Importante ressaltar que, partindo do pressuposto de que o Direito é uma rede de “relações de reconhecimento recíproco: o reconhecimento mútuo de pessoas em Direito, como portadoras de direitos e liberdades” e que o injusto seria, na realidade, o desrespeito a estas relações de reconhecimento das liberdades jurídicas e dos bens jurídicos constituídos (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In _____. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 206). Tal concepção do Direito e, por conseguinte de injusto, aproxima-se bastante das concepções de jakobs e de Chaves Camargo, e distancia-se de uma concepção *a priori* de bem jurídico.

⁵⁷⁴ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 164-182.

⁵⁷⁵ Nesse sentido, importante a elucidação de Georg Freund: “*Por ‘sistema integral del Derecho penal’ no sólo entiendo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores. Éstos, tal como han sido concebidos tradicionalmente, son en principio simples entidades ideales más o menos abstractas. Sin embargo, el Derecho penal no es posible en la práctica sin un ‘proceso’ o, dicho de forma más precisa, el Derecho penal sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y de las modificaciones que éste comporta. Sin el proceso es imposible que los fines del Derecho penal se desarrollen con eficacia y, por este motivo, un sistema penal que dé importancia al proceso resultará indublemente muy corto de miras, al ignorar una dimensión esencial: la dimensión de la simple posibilidad de que se haya cometido el hecho punible, un aspecto que no resulta accesible para una concepción limitada al Derecho sustantivo, pese a tener una influencia decisiva en el Derecho penal práctico, es decir, en la aplicación de Derecho penal. En contra de lo que pueda pensarse, en un principio no existe el hecho sino sólo su (mera) sospecha, e incluso cuando se culmina un proceso ajustado al ordenamiento, la eventual condena nunca se basa en un pronunciamiento de culpabilidad libre de toda duda, sino que en el mejor de los casos se habrán respetado las condiciones que permiten legitimar el riesgo de error que se asume con la condena. En este sentido (matizado), puede afirmarse que lo que se determina es la*

Nessa conformação dogmática, a conceituação formal do crime como injusto culpável (da qual decorrem os elementos do conceito analítico de crime consubstanciado na ação típica, antijurídica e culpável) cede espaço para um sistema material, em que exsurgem como fundamentais a avaliação da necessidade e merecimento de pena, processo e individualização da pena⁵⁷⁶.

Importante, nesse diapasão, ressaltar a convicção de Lothar Kuhlen, no sentido de que somente o Direito Processual daria uma resposta conclusiva à questão de se uma ação constitui delito em sentido material⁵⁷⁷. Tal afirmativa é importante, pois trás a verdade implícita de que toda a construção dogmática penal do delito e seus elementos até o momento da aplicação da sanção penal pela sentença constituem elementos formais de cunho normativo e somente tomarão concreção no momento da aplicação da sentença em razão da relação de comunicação entre as partes e o Poder Judiciário, tomando em consideração não somente a prova obtida nos autos sob a perspectiva do injusto culpável, mas também, medidas despenalizadoras e de exclusão da punibilidade previstas não apenas nas leis penais e

'culpabilidad' en sentido jurídico-penal. La imagen ideal y necesariamente abstracta del Derecho sustantivo (penal y de la determinación de la pena) como ha sido concebida tradicionalmente requiere – en referencia a las condiciones de legitimación de las injerencias en los derechos de los ciudadanos cuando se parte de un conocimiento forzosamente limitado – una concreción y desarrollo para cada caso concreto. Por esta vía aparecen instituciones que, tratadas de forma superficial, poseen un carácter meramente procesal, pero que, en realidad, son desarrollos y concreciones del Derecho penal sustantivo y de la determinación de la pena. El ejemplo más evidente de ello es el sobreseimiento del proceso por insignificancia absoluta o relativa 'sancionando' a un posible inocente. O lo mismo puede afirmarse, por ejemplo, del sobreseimiento del proceso por motivos 'fácticos' o 'jurídicos'. De hecho, también nos encontramos ante una cuestión de desarrollo y concreción del Derecho penal sustantivo y de la determinación de la pena cuando, por ejemplo, en virtud de la prescripción ya no se reacciona (más) frente a un hecho (presuntamente) cometido" (FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fine en el sistema integral del derecho penal. In: FRISCH, Wolfgang. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 94).

⁵⁷⁶ Cf. WOLTER, Jürgen; FREUND, George. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In _____; _____ (eds). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 32-44.

⁵⁷⁷ KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, George. *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 134. No mesmo sentido, Georg Freund afirma que “*el Derecho procesal no sólo se ocupa de la puesta en práctica del programa de Derecho penal sustantivo en sentido estricto que há sido diseñado previamente de forma abstracta. Expresado graficamente, el Derecho procesal 'redacta' por sí mismo una parte esencial de lo que es el Derecho penal sustantivo aplicado o, mejor dicho, de lo que el Derecho penal (sustantivo) que se aplica deve ser de acuerdo com el Derecho*” (FREUND, George. Sobre la función legitimadora de la idea de fine en el sistema integral del derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, George. Op. Cit., p. 107).

processuais penais, mas também na Constituição, no Direito Administrativo e nas construções pretorianas^{578 579}.

Ora, tendo em vista que a relação de imputação deve ser vista como uma relação de comunicação na qual não basta ao juiz apenas decretar, mas também convencer, e na qual, como função de comunicação que é, o direito proclamado na sentença, por ser linguagem, estará entremeadado da personalidade do julgador, auto-expressão de sua pessoa⁵⁸⁰.

Também o direito é um ‘mundo’. Ou digamos assim: quando o direito é ‘aplicado’, realizado, acontece sempre uma comunicação entre dois mundos: o mundo da realidade quotidiana e suas situações da vida juridicamente relevantes, e o mundo do direito com as suas normas, contendo um dever. Através da realização do direito, o dever e o ser são conciliados, ou seja, ‘o direito é a correspondência entre o dever e o ser’⁵⁸¹.

Nessa situação de comunicação é importante sempre se ter em mente que a linguagem técnico-jurídica “não é uma linguagem científica, uma vez que sua sintaxe e a sua semântica não assentam em regras explícitas”⁵⁸², mas que embora seja norteadada pela equívocidade, tem importante papel não só na arte da comunicação, mas também da socialização⁵⁸³.

(...) as regras de convivência social não são transmitidas ao cidadão através da lei, ele aprende-as antes na comunicação quotidiana e na convivência activa (na ‘interação’, como dizem, numa linguagem pouco estética, os sociólogos). As suas representações do Direito e da ilicitude também não se movem, por isso, nas categorias da linguagem legal, estando sim condicionadas pela linguagem corrente. E, assim, também a consciência da ilicitude, tal como o agente a tem no momento do facto, é marcada, não por específicas representações jurídicas, mas antes pelo conhecimento do significado social do facto. Ela é – note-se: ao nível da consciência do agente – consciência da danosidade social⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Podem ser citados como exemplos no direito brasileiro: a transação e a suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95, a figura da colaboração premiada da lei 12.850/13, as imunidades parlamentares e do Presidente da República previstas na Constituição, a figura do excesso e do desvio na execução penal (art. 185 e 186 da LEP), sobretudo em se tratando de presos provisórios etc.

⁵⁷⁹ Nesse diapasão, Arthur Kauffmann salienta que a concepção segundo a qual o direito não existe prévia e anteriormente ao acto de adjudicação ou imputação é hoje defendida por algumas correntes da teoria funcionalista do direito (sobretudo, como é sabido, por Niklas Luhmann). É aí combatida a adversária concepção ‘ontológica’, a maioria das vezes com o argumento de que conduz a uma rificação e petrificação, rigorosamente, a uma ‘ontologização’ do direito. Mas essa acusação apenas se dirige a uma ontologia substancialista. Não é por ela atingida uma ontologia das estruturas e relações, que considere o direito como co-constituído por estruturas e referências pessoais. E apenas através de tal concepção se escapa ao extremo nominalismo, sem cair num reatismo alheado da vida. Seguimos, pois, Hume na afirmação de que o direito se constitui através da linguagem, mas não concordamos com a sua asserção de que se constitui apenas através da verdade” (KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 169).

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 162-166.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 167.

⁵⁸² Ibidem, p. 171.

⁵⁸³ Ibidem, p. 173.

⁵⁸⁴ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 175.

Nessa esteira, segundo o pensamento de Arthr Kauffmann, em que pese reconheça como válidos entendimentos em sentido contrário, a consciência da ilicitude não viria da lei ao cidadão, mas sim dessa relação comunicacional com os outros integrantes da sociedade⁵⁸⁵. À lei penal, por outro lado, não seria dado dar informação sobre conteúdos, mas transmitir segurança jurídica, limitando o poder estatal, através da maior exatidão possível dos tipos, mesmo a custo da acessibilidade e popularidade da linguagem⁵⁸⁶.

Essa divagação poderia nos levar a entender que o processo de formação do direito e, sobretudo de aplicação da norma, deve ser analisado de forma eminentemente racionalista e formal, entretanto, dado que o homem, em sua essência não é um ser puramente racional, não é admissível julgá-lo exclusivamente dessa forma, conduzindo a formalização a uma supressão da justiça do caso concreto⁵⁸⁷. Por isso, a necessidade de que as condutas criminais sejam julgadas por juízes humanos e não meros computadores.

Nessa toada, a importante relação entre Direito e a realidade:

Se a norma jurídica (a regra de direito) se deve tornar realidade concreta, então os conceitos abstratos da norma têm que estar abertos às situações da vida. Isso acontece na concreta decisão de direito, no juízo jurídico. No juízo o direito ganha forma, aumenta a sua dimensão linguística vertical, transcendental, intuitiva, os conceitos classificatórios delimitadores convertem-se em conceitos ordenadores plenos de conteúdo (conceitos funcionais, tipos: sobre isto se dirá já a seguir algo mais em pormenor). Estes conceitos concretizados no juízo jurídico já não são unidimensionais, unívocos), nem o devem ser; de outro modo não poderiam cumprir a sua função de equilíbrio das tensões, no interior da ideia de direito, entre igualdade, segurança jurídica e equidade. Assim a linguagem cria direito por dois modos: através do acto de aprovação de normas e através do acto de decisão jurídica. A norma necessita permanentemente da decisão para poder ter eficácia enquanto norma, e por seu lado a decisão precisa da norma ou de um princípio, para poder pretender ter validade. Vigência legal e força de caso julgado estão necessariamente relacionados entre si. O que sucede não é que o caso julgado prepondere sobre a vigência da lei, como entendia Oskar Bülow – não há vigência legal sem força de caso julgado, como por outro lado não pode haver caso julgado sem vigência legal (sem norma efectiva). Isto não está em contradição com o princípio da separação de poderes e ao invés, é precisamente o seu verdadeiro significado. Não se pode, portanto, alcançar o ‘ideal’ da linguagem legal unívoca. Mas também não seria ligo digno do esforço, porque também a linguagem legal tem de ser uma linguagem viva, portanto bidimensional, caso contrário não poderia estabelecer-se a ligação com a linguagem corrente, a linguagem do cidadão. Como qualquer linguagem técnica, também a linguagem legal não se deve afastar muito da linguagem corrente. Ela é, pois, apenas comparativamente mais abstrata e rigorosa, e isso em grau diverso consoante o tipo da matéria a regular (o furto pode ser determinado de forma muito mais exacta do que, por exemplo, o delito de poluição do ar)⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 177.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 178.

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 180-182.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 183-184.

Nessa linha de raciocínio o tipo consiste em um meio termo entre o geral e o particular que, embora possa ser delimitável e tenha um núcleo fixo é necessário que ocorra uma situação de fato para que se construa a tipicidade, mas com essa situação de fato não se confunde, surgindo como o ponto médio entre a ideia de direito e a situação da vida⁵⁸⁹.

Como se observa, da linguagem não depende apenas a comunicação, mas também a socialização dos seres humanos. No contexto social linguístico é que o indivíduo apreende a consciência da ilicitude, não em noções especificamente jurídicas, mas sim pelo conhecimento em torno do significado social ou comunitário do ato criminoso⁵⁹⁰.

Assim, fundamentalmente, *“o sujeito jurídico só pode ser responsabilizado por uma violação da lei quando aquilo que a linguagem legal expressa se reflete analogicamente na sua consciência linguística corrente (em face duma linguagem legal unívoca [abstrata] não seria possível a imputação)”*⁵⁹¹. Nessa linha de raciocínio, Arthur Kauffmann indaga como se pode estabelecer a correspondência entre a esfera leiga da consciência linguística corrente do agente e a esfera das intenções legais fixadas em linguagem técnica de modo a justificar a qualificação do conhecimento profano como dolo⁵⁹².

Arthur Kauffmann afirma que a imputação é um processo de comunicação entre o juiz e o agente (arguido), em que não apenas se verifica o que o agente representou mentalmente, mas se estabelece a correspondência entre dois horizontes de compreensão, entre agente e juiz, em que o uso linguístico determina o significado da lei. Assevera que nos casos do cotidiano não haveria dificuldade em efetuar essa concordância, mas que nos casos mais complexos isso demanda trabalho, isto porque a linguagem técnica da lei deve estar aberta à linguagem cotidiana do agente, ou seja, partindo-se dos conceitos classificatórios fechados e abstratos devem construir-se tipos abertos e concretizados⁵⁹³.

(...) Assim se aproximam entre si, num processo recíproco, o modelo de comportamento, pensado pelo agente, e o conceito legal, pensado pelo juiz. Produz-se uma mediatização das expressões de linguagem; os estereótipos têm de ser convertidos em conceitos e os conceitos têm de ser aproximados do tipo, a linguagem do agente tem de ser idealizada e a linguagem da lei tem de ser ‘normalizada’. A ‘valoração paralela na esfera do leigo’ deve acrescer uma ‘valoração paralela na esfera do juiz’. Visto que nunca se pode evidentemente

⁵⁸⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 188-189. “O tipo é, pois, sempre mais rico de conteúdo, mais espiritual, mais dotado de sentido, mais plástico, do que o conceito abstratamente definido. Compreende-se agora que o direito nunca pode ser idêntico à lei, porque, na sua plenitude concreta de conteúdo, não se deixa enclausurar nos conceitos legais. Não se pode pois admitir um sistema jurídico fechado, mas apenas um sistema aberto, ‘tópico’(p. 190).

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 192.

⁵⁹¹ Ibidem, p. 193.

⁵⁹² Idem.

⁵⁹³ Ibidem, p. 194.

alcançar uma identidade de ambos os horizontes, tem de bastar, para efeitos de imputação, um grau suficiente de semelhança. Mas com isto apenas se põe expressamente em evidência que a imputação jurídico-penal é sempre um juízo problemático⁵⁹⁴.

Na operação de imputação, também denominada “diálogo de culpa”, nem sempre o acusado estaria de todo disposto a dialogar com o juiz, sendo, aliás, desobrigado a fazê-lo. Mas, mesmo assim, visto que o direito penal trata da lesão dos mais elementares bens humanos e trata de questões de consciência, é necessário que o juiz se coloque no lugar do agente, como se fosse ele próprio, em íntima ligação⁵⁹⁵. Ou seja, o juiz assume os dois papéis, o papel da lei e o papel do arguido.

Na mesma linha de pensamento, Antonio Luis Chaves Camargo, com base em Habermas, assevera:

A não participação interna, como resultado da concepção moderna da culpabilidade, encontra na ética discursiva de Habermas seus fundamentos para o conhecimento do homem na sua ação social. A partir da dialógica do discurso, que tem na linguagem seu elemento constitutivo, não mais se pressupõe o sujeito epistêmico, mas o grupo que este sujeito integra, numa situação de agir comunicativo dialógica ideal. O agir comunicativo é um processo circular que depende dos integrantes deste mundo de vida (Lebenswelt).

(...)

Não se pode negar que o problema da culpabilidade sempre foi a justificativa da intervenção estatal, através da pena, naquelas condutas que lesionam certos bens protegidos pelas normas. Neste aspecto, a culpabilidade, como a fase que culmina o processo de motivação e socialização, é a relação prévia entre a norma e o indivíduo, sendo o motivo determinante de sua conduta⁵⁹⁶.

Nessa linha de pensamento, Arthur Kauffmann afirma que há uma grande dificuldade de o Juiz profissional conciliar a linguagem do povo e a linguagem da lei e, portanto, se referindo à estrutura judiciária do processo criminal na Alemanha, acentua a importância da existência do juiz leigo no processo de formação do direito que se dá no juízo de imputação.

Nesse sentido:

A ‘valoração paralela’ completa-se no juiz, ele vem de conciliar o mundo da linguagem do agente penal e o mundo da linguagem técnica da lei penal. Para isso,

⁵⁹⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 194-195.

⁵⁹⁵ KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 195. Kauffmann afirma, nesse diapasão, que “todo aquele que já tiver tido de proferir uma sentença penal, confirmará a afirmação de Engisch de que um juízo de culpa sobre outrem deixa de poder ser feito ‘aí onde termina a nossa compreensão da pessoa’. Apenas quando o agente é ainda compreensível é possível um, assim o designo, ‘juízo de consciência defensável’ – tudo compreender não significa o mesmo que tudo aceitar”.

⁵⁹⁶ CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132-133.

tem de estar familiarizado com ambas as linguagens: a linguagem do povo e a linguagem da lei. Frequentemente, esta exigência não basta, no entanto, ao juiz profissional. O perigo está também em que ele veja o mundo do agente demasiadamente na ótica dos conceitos legais que lhe são familiares e o veja, por isso, distorcido: em que ele, portanto, não faça justiça ao seu segundo papel. Por esta razão, ele é auxiliado pelo juiz leigo (as outras razões que são invocadas a favor do juiz leigo são duvidosas). Já o nome ‘juiz leigo’ (Laienrichter) indica que ele é um intermediário, um intérprete, entre os leigos não versados no direito e o juiz profissionalmente instruído. É sua tarefa compreender tanto o agente como a lei. O juiz profissional tem de tornar a lei compreensível ao juiz leigo, e o juiz leigo, o agente, ao juiz profissional. Isso pressupõe, no entanto, que a linguagem legal não se afaste demasiado da linguagem corrente. Nas leis linguisticamente sofisticadas a ‘valoração paralela’ deixa de poder funcionar. (...) Há então dois níveis, nos quais a imputação jurídica penal se efetua: o nível-objeto do mundo da linguagem técnica do juiz. O juiz ajuíza sobre a culpa do agente no meta-nível, define-a como ‘culpa jurídica’, e aqui neste meta-nível e apenas nele, onde só interessa o uso que a jurisprudência faz das palavras, e não o uso quotidiano ou das outras disciplinas científicas. O juízo de culpa do juiz pressupõe, no entanto, que exista realmente culpa no nível-objeto, ou, o seu comportamento como ilícito – ele compreende-o, contudo, apenas em conformidade com o seu uso linguístico, não como o da jurisprudência⁵⁹⁷.

É relevante a referida construção dogmática, pois ela pode solucionar questões importantes para o questionamento a respeito da legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito à sua específica relação com o Processo Penal Militar e às normas de Direito Administrativo e Disciplinar Militar.

Caracteriza-se, no sistema penal Militar, de forma mais enfática a construção teórica do “sistema integral” analisado pelos autores anteriormente citados. Como observado, os bens jurídicos tutelados pela norma penal militar são diversos dos do Direito Penal comum. A repressão penal militar, em razão deles, se faz mais rigorosa, pois ele é um reforço das instituições destinadas ao resguardo ao próprio Estado Democrático de Direito em período de crises internas e externas.

Se no âmbito das bases teóricas do sistema integral de Direito Penal tem relevância institutos processuais que afastam a persecução penal ou mesmo a aplicação de pena nos casos de condenação, no âmbito penal Militar assume relevância o fato de haver toda uma jurisdição especializada para analisar a conduta supostamente considerada criminosa⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 196-197.

⁵⁹⁸ Nesse sentido, não é demais lembrar a antiga lição de Thomáz Alves Junior, já citada no corpo do texto no item 1.1.1.1., mas que ainda se faz atual: “(...) Desde que o exército tem um direito particular, tem legislação especial e por consequência Justiça, que é a Justiça Militar. Justiça Militar quer dizer, ter um código de penas para as infrações do dever militar ou crime militar; ter tribunais organizados, que conheçam da violação do dever, apliquem as penas, e dêem à execução a sentença. A história dos povos prova que o julgamento dos crimes militares foi sempre submetido a tribunais militares. A vida e profissão das armas traz hábitos, costumes e tradições, que indiferentes à vida civil, devem ser respeitados e sustentados pela legislação especial, porque sem isso é efêmera senão fatal a existência de exércitos permanentes. E portanto a violação da lei ou crime militar tem seu característico que a separa da violação da lei ou crime comum, e quando esteja prevenido em lei

Nesse aspecto, a estrutura do escabinato, tantas vezes criticada por aqueles avessos à existência da Justiça Militar, passa a ser um aspecto importante de sua legitimidade pois abre o sistema aos conhecimentos advindos da caserna, aproximando o agente militar e sua realidade do conhecimento da lei.

Com efeito, da mesma forma que o juiz leigo, conforme pontuado por Arthur Kauffmann, aproxima a linguagem cotidiana à linguagem da lei, aproximando a realidade do acusado ao contexto normativo no “diálogo de culpa” que é a relação de imputação, e o juiz profissional traz o conhecimento da linguagem técnico-jurídica, no escabinato o juiz militar traz os conhecimentos da vida cotidiana da caserna, ou seja, da linguagem militar, para aproximá-los da linguagem técnico-jurídica, que tem no Juiz Auditor o seu principal intérprete, sempre visando criar uma condição de alteridade na relação entre o imputado e o Poder Judiciário.

Nessa toada, com muito mais razão a presença de juízes “leigos”, militares, na composição do Poder Judiciário castrense porque possibilitarão a análise e concretização de conceitos relativos ao bem jurídico e tipicidade, dados no cotidiano militar, que não são típicos à vida dos comuns e, na maioria das vezes, nem aos próprios magistrados especializados na seara militar (“juízes togados”), delineando de forma mais precisa a culpabilidade, como reprovabilidade penal. Acompanhando esse entendimento, pontifica Frederico Magno de Melo Veras:

(...) pode-se verificar que a presença de no mínimo um militar (julgamento na primeira instância de crime militar em Portugal) no julgamento de crimes militares pretende garantir que uma visão própria das Forças Armadas integrará o somatório das influências determinantes do veredito judicial. Naturalmente, tratando-se de crime propriamente militar, a motivação do juiz militar não será idêntica à dos juízes togados, pois aquele estará mais atento às repercussões do ato na sociedade militar, enquanto estes prestarão um grau maior de atenção à culpabilidade do agente como razão e limite da aplicação da pena. Dessa forma, a refutação da crítica adiantada no começo deste item, de que o órgão julgador não influencia nos critérios de auferição da culpabilidade do agente e, portanto, no próprio significado da culpabilidade no

*geral, em consequência de ser um facto mixto, ainda assim cumpre ser muitas vezes capitulada em lei especial. A aplicação da pena, já pela sua especialidade, já pelo seu rigor, faz com que se não confunda a Justiça militar com a Justiça commum. Considerando a questão pelo lado do julgamento, não se pode deixar de aceitar a necessidade de tribunaes especiaes. Se a violação da lei em crime militar é especial, se a penalidade é sui generis, como confiar o julgamento a tribunaes que não sejam militares, isto é organizados de modo e com pessoal, que conheça a importância do crime, e saiba dar valor a necessidade da pena? Na vida militar a obediência passiva, subordinação, e disciplina são condições necessárias da vida do exercito: as faltas em contrario são graves, por tanto com julga-las quem não sabe dar valor à obediência, à subordinação e à disciplina? A prompta e imediata repressão do crime é condição muito importante para a penalidade e seu efeito real: e ainda mais tratando-se do exercito, e tambem é certo que esse desideratum não pode ser alcançado senão por tribunaes especiaes, tribunaes militares. Daqui se conclue a necessidade de uma Justiça militar” (ALVES JUNIOR, Thomas. *Curso de Direito Militar*. Tomo II. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e Comp. Editores, 1868, p. 130-132).*

âmbito do julgamento dos crimes próprios militares, vai por terra, ao constatar-se que, no órgão julgador, juízes leigos trazem ao julgamento um conjunto de valores comuns ao arguido que validarão seu julgamento quanto à culpabilidade deste. No item seguinte, voltarei a este argumento, sendo importante ressaltar que no Brasil, com o peso dos votos militares nos Conselhos de Justiça, quatro votos de juízes militares e um do juiz togado ou, em segunda instância, dez votos de ministros militares, contra cinco votos de juízes civis, torna-se de evidência solar a importância no julgamento de projeções valorativas militares que determinam a essência funcional da culpa⁵⁹⁹.

Como bem advertia Carl von Clausewitz, as leis da guerra, e aqui não nos referimos ao Direito Penal Militar ou Direito Internacional dos Conflitos Armados, mas às leis de condução da guerra, ou combate, em que pese regidas por alguns princípios que permanecem, estão em constante mutação⁶⁰⁰ e é muito complexa uma análise crítica das ações dos atores do campo de batalha, onde a experiência tem muito maior valor que qualquer atitude filosófica⁶⁰¹.

Ora, num sistema repressivo castrense que, por se pretender eficaz e legítimo, dirige-se a uma realidade de emprego das Forças Armadas em que, embora não haja guerra declarada, as tropas são expostas às “novas guerras”, também denominadas conflitos de baixa intensidade, mas em que há possibilidade de se aplicar as regras de Direito Internacional dos Conflitos Armados, tal o risco de se cometerem atentados aos Direitos Humanos, no entrelhecho entre necessidade militar e Direitos Humanos, cada vez mais é necessário o conhecimento bastante atualizado de noções estratégicas, táticas e operacionais, conhecimento praticamente exclusivo de militares que estão em atividade, isso sem falar dos valores, deveres, direitos, prerrogativas e tradições da caserna, sobre os quais já se discorreu.

Não se pode, portanto, conceber o sistema penal militar somente sob o aspecto da legislação penal, entendê-lo dessa forma seria reduzir a sua complexidade e minorar sua eficácia. Há normas de natureza constitucional, administrativa, de Direito Internacional Público, Humanitário e Processual Penal que permeiam o sistema penal militar que devem ser tidas como referência para a construção do sistema. Não se pode deixar também de analisá-las sob paradigmas de ordem sociológica, filosófica e antropológica da finalidade para a qual esse conjunto de normas é estabelecido, qual seja, a eficiência das Forças Armadas na realização de seus deveres constitucionais.

⁵⁹⁹ VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007, p. 66.

⁶⁰⁰ CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 131.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 150.

Além disso, não se pode desvincular o Direito Militar da realidade para a qual esta sendo empregado, ou seja, as finalidades de defesa do Estado Democrático de Direito, razão primeira da sua necessária autonomia.

QUARTA PARTE – A REFORMA DO DIREITO PENAL MILITAR

4.1. A REFORMA DO DIREITO MILITAR

No presente capítulo, analisar-se-á como tem ocorrido a reforma do Direito Penal Militar no Brasil e no mundo e quais as propostas para tal.

Certo é que o Direito Penal Militar em nosso país sofre evidente defasagem em contrapartida aos instrumentos que a dogmática penal tem desenvolvido.

Não é só. Há que se levar em consideração que, durante o século XX, não só o Brasil, mas outros Estados sofreram experiências autoritárias nas quais as Forças Armadas de diversos países foram utilizadas no sentido de impor uma concepção ideológica de Estado e, em muitas oportunidades, foram ligadas a infrações a Direitos Humanos. Em quase todas essas experiências autoritárias, os tribunais militares foram divorciados de suas tradicionais funções para o fim de impor sanções criminais não somente a militares, em razão de crimes militares, mas a qualquer pessoa que por cometer infrações contrárias aos valores previamente estabelecidos pela política estatal, passava a ser considerada inimiga do regime⁶⁰².

Dessa forma, observa-se que existe uma ideia que liga os tribunais militares e o próprio Direito Penal Militar às arbitrariedades e à contraposição de direitos humanos e, por essa razão, em muitos países, após a Segunda Guerra Mundial, os tribunais militares em tempos de paz passaram a ser extintos e, em outros, sua competência tem sido bastante reduzida, excluindo-se, principalmente, o julgamento de civis.

Constata-se, ainda, que mesmo nesses Estados em que ainda persistem os tribunais militares há fortes correntes no sentido de sua extinção, movimento que é visto também no Brasil⁶⁰³.

Muito embora justificável a preocupação com a efetivação dos Direitos Humanos e a grande defasagem entre os instrumentos da dogmática penal comum e o direito militar posto e aplicado nos tribunais, a realidade do atual emprego das Forças Armadas, não só no Brasil, mas também em outros países, sobretudo no que diz respeito às suas atuações nas Missões de Paz, instituídas pela própria ONU, vem fazendo constatar que a melhor alternativa talvez não

⁶⁰² Cf. LASCANO, Carlos. Inter-american court of human rights and penal military justice. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in internacional military interventions*. Cuenca: Catilla-La Mancha, 2009, p. 317.

⁶⁰³ Nesse sentido, observa-se que países como Portugal, Argentina e França acabaram por extinguir sua justiça militar em tempo de paz. Além disso, observa-se em outros países que, como o Brasil, ainda possuem justiças militares em tempo de paz, como a Espanha e Itália, há vezes no sentido de sua extinção como é o caso de autores como José López Sanchez e Giovanni Fiandaca.

seja a extinção pura e simples do sistema de Direito Penal Militar, como vem sendo defendida, mas sim a sua reestruturação a fim de que atenda às necessidades do mundo globalizado e complexo em que se vive e, ao mesmo tempo, seja legitimado pelo modelo de Estado Democrático de Direito e os tratados de Direitos Humanos firmados entre os Estados.

Com efeito, num mundo em que por mais que se defenda a paz, como já se observou no presente trabalho, o combate, sobretudo em decorrência do fenômeno das “novas guerras”, faz, cada vez mais, parte do cotidiano das populações, passando as Forças Armadas a serem utilizadas também em missões relativas à Segurança Interna dos Estados, sob pena de esses mesmos Estados perderem suas soberanias, parece não ser acertada a ideia de se deixar as Forças Armadas sem um sistema de normas que dirija e limite sua atuação. A tutela do sistema repressivo castrense se faz em dupla via: de um lado visa a proteger a soberania, estabelecer meios e reforço para a hierarquia e disciplina, tornando mais eficientes as Forças Armadas, por outro, proteger as populações civis, os Direitos Humanos, dos arbítrios do Estado, dos excessos da guerra.

Essa realidade pode ser ampliada, ainda, ao fato de que, mesmo aqueles Estados nos quais suas Forças Armadas não estariam envolvidas em guerra de defesa, dissoluções internas, na luta contra o terrorismo e criminalidade organizada etc., há sempre possibilidade de, a fim de cumprir mandato da ONU, suas Forças Armadas virem a ser utilizadas em Operações de Paz, como ocorre, por exemplo, com Portugal e Itália⁶⁰⁴.

Assim, se podemos afirmar que se a Guerra tem um aspecto político, para não tomar a afirmativa de Clausewitz de que a Guerra é a continuação da política ou diplomacia pela via da força como totalmente correta, o Direito Militar, sobretudo no que diz respeito ao sistema repressivo castrense, serve para o fim de que o Estado vença a guerra e até mesmo não seja obrigado a participar de uma, haja vista que ao mesmo tempo em que facilita que as Forças Armadas como instituições sejam eficientes na sua missão, dá-lhe legitimidade tendo em vista que busca limitar os desvios, arbitrariedades e afrontas a direitos humanos perpetrados nas missões⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Cf. ROGEIRO, Nuno. *Guerra em Paz: defesa nacional na nova desordem mundial*. Lisboa: Hugin, 2002, p. 243-268.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, Cinelli pondera que “a percepção, por parte da população, de que sua integridade física e segurança estarão minimamente preservadas, constitui um poderoso sistema abstrato gerador de confiança acerca das tropas que a circundam, contribuindo para reduzir os potenciais de combatividade e resistência à ocupação. Além disso, findas as hostilidades, os ressentimentos para com os ex-ocupantes, ainda que gigantescos, tenderão a restringir-se ao lamento pelas consequências inevitáveis, e não pelo rancor das violações despropositadas. Apenas como exemplo, são conhecidas as mágoas, ainda hoje remanescentes na população do sul dos EUA, em relação aos métodos de guerra total empregados pelo general Sherman durante a Guerra Civil (...)” (CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 171-172).

Sabe-se que, no continente europeu há uma grande preocupação com a unificação dos sistemas de persecução penal, principalmente a fim de dar maior efetividade aos crimes internacionais, como os de genocídio, contra a humanidade, de agressão e os de guerra, a fim de efetivar a aplicação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Há, ainda, a preocupação com figuras delitivas que escapam às fronteiras dos países, como o terrorismo, a pirataria, o narcotráfico etc., criminalidade essa para a qual as Forças Armadas de diversos países têm sido usadas sem nenhum pudor, e surgem questionamentos quanto às respostas que o Direito Penal teria de dar a essa nova criminalidade, sem, contudo, recordar-se do vetusto Direito Penal Militar, e se este já não teria as respostas para essas questões⁶⁰⁶.

Por outro lado, o próprio emprego das Forças Armadas pelos Estados, sobretudo de forma conjunta, vem trazendo novas indagações que impõem novas reflexões quanto ao Direito a ser aplicado nessas circunstâncias. Não apenas nas Operações de Paz, mas também em outras incursões militares, como por exemplo, as realizadas pela OTAN, percebe-se a necessidade de uma melhor abordagem de temas relativos à jurisdição, à natureza das regras de engajamento, dos acordos de cooperação militar etc⁶⁰⁷.

Além de todas essas questões, há ainda outro viés que impõe que a doutrina se debruce de forma ainda mais profunda sobre o Direito Penal Militar, trata-se da Revolução dos Assuntos Militares – para alguns apenas uma “Evolução dos Assuntos Militares”⁶⁰⁸ -, que diz respeito às novas técnicas de combate decorrentes dos desenvolvimento das pesquisas em informática e nanotecnologia que vem possibilitando a modificação, inclusive, nas relações sociais e jurídicas no corpo das Forças Armadas dos países sobre o globo, que traria reflexos sobre a hierarquia e disciplina, considerados pilares instrumentais das Forças Armadas.

⁶⁰⁶ Cf. ZAPATERO, Luís Arroyo. La armonización internacional del derecho penal. In: _____; MARTÍN, Adán Nieto. *Piratas, mercenários, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 33. Essa tendência de unificação não apenas atingiria os ordenamentos de países pertencentes ao sistema continental mas seria tendente a harmonizar também os sistemas continental e anglo saxão, não apenas em razão da ‘globalização’ da criminalidade, mas também em razão da necessidade de integração entre os Estados decorrente dos tratados internacionais como, por exemplo, a própria União Europeia (BERNAL DE CASTILLO, Jesús. *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier, 2011, p. 15-17).

⁶⁰⁷ FOURNIER, Sylvain. NATO military interventions abroad: how roe are adoptec and jurisdictional rights negotiated. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in internacional military interventions*. Cuenca: Ediciones Catilla-La Mancha, 2009, p. 113-122.

⁶⁰⁸ Nesse sentido é o pensamento de Guillem Colom Piella, com o qual concordamos, ao afirmar que muito embora venham sendo desenvolvidas novas técnicas de combate e, cada vez mais, venha se observando um emprego das Forças Armadas nas chamadas “guerras irregulares”, não se pode afirmar que há uma total ruptura com o modelo militar anterior, baseado na guerra convencional (COLOM PIELLA, Guillem. *Entre Ares y Atenea: El debate sobre la Revolución en los Asuntos Militares*. Madrid: Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, 2008, p. 207-209).

4.1.1. Exemplos do Direito estrangeiro

Anota Antonio Millán Garrido que em termos de sistema repressivo castrense, principalmente no que diz respeito à codificação, os sistemas pelo mundo se dividem em três vertentes: a tradicional, a autônoma e o que insere o direito punitivo castrense na legislação penal comum, também denominado de sistema de incriminação conjunta⁶⁰⁹.

Pela corrente tradicional, também denominada integral, todas as normas penais, processuais, orgânicas e procedimentais estariam incluídas num mesmo texto normativo. Adotariam esse sistema a Angola, a Argentina, Chile, Estado Unidos, França, Gabão, Grécia, Israel, Líbano, Marrocos, Maurítância, México, Peru, Portugal, Síria, Tunísia, entre outros. Referido sistema teria como vantagem a facilidade de se ter em um único texto toda a legislação militar, o que facilitaria o conhecimento do Direito Militar. A crítica que fazem ao referido sistema seria de que é extremamente conservador, pois defende uma concepção autonomista do Direito Penal Militar, traduzida em textos integrais, e que não estariam coerentes com os postulados da ciência jurídico penal e os princípios constitucionais vigentes no entorno sociocultural⁶¹⁰.

Pelo segundo sistema, os delitos são tratados em um texto autônomo, sendo as normas processuais, orgânicas e procedimentais relegadas a outras leis. Utilizam dessa técnica a Alemanha, Áustria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Burundi, Colômbia, Coreia do Sul, Cuba, Dinamarca, Paraguai, Suíça, Taiwan, Tailândia, Turquia e Uruguai. A crítica a esse sistema é que não responde satisfatoriamente a uma concepção substancial unitária do Direito Penal Militar, podendo encontrar-se textos de distinta natureza e conformação nos Códigos e leis especiais que o adotam⁶¹¹.

Pelo terceiro e último sistema, os delitos militares e os eventuais particularismos que comportam o Direito Punitivo castrense, estariam incluídos no Código Penal comum e era generalizada nos países do Leste Europeu como a Albânia, Alemanha, Bulgária, Checoslováquia, Hungria, Polônia, Romênia, na Antiga União Soviética e antiga Iugoslávia, como em outros países que passaram por regimes comunistas, como a Coreia do Norte, Costa

⁶⁰⁹ MILLÁN GARRIDO, Antonio. Prólogo a la primera edición. In _____. *Justicia Militar*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 2010, p. 39. No mesmo sentido, SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez. *Los delitos contra el patrimonio en el código penal militar*. Madrid: Reus, 2017, p. 20.

⁶¹⁰ MILLÁN GARRIDO, Antonio. Op. cit., p. 40.

⁶¹¹ Idem.

do Marfim, República Popular da China e Etiópia. Também foi adotado pela Áustria e pela Suécia⁶¹².

Sobre o referido sistema, Millán Garrido assevera que:

A respeito, destaca-se como o que a legislação penal não excepcional, que se baseia em idênticos princípios que o Direito comum punitivo, se encontra rejeitado do Código Penal é algo excepcional e que responde simplesmente a uma tradição histórica concreta, quando não a uma razão de oportunidade legislativa. Tecnicamente, não só não existem reparos que impeçam a inclusão no Código Penal de um setor da legislação especial, a que, desde esse momento, dado o caráter meramente topográfico da ‘especialidade’, deixa de pertencer à matéria incorporada, senão que tal absorção, como se tem observado em outro lugar, oferece o atrativo da simplificação e depuração da legislação penal militar substantiva, a que, por outra parte, fica não só substancial senão também formalmente sujeita aos princípios que, em sua parte geral, o Código penal estabeleça⁶¹³.

Anota José Antonio Rodríguez Santisteban que o sistema de incriminação conjunta, entretanto, é muito minoritário e não é seguido pelos países vizinhos da Espanha, nem, tão pouco pela maioria dos países que operam em missões internacionais conjuntas com a Espanha, que adotam o sistema autônomo. Por essas razões, segundo o referido autor, o sistema autônomo seria o mais adequado para os tempos atuais e seguiria firme na tradição da especialidade da legislação penal militar em relação à comum⁶¹⁴.

Realizado esse apanhado a respeito dos sistemas de codificação do direito repressivo castrense pelo mundo, realizaremos um breve apanhado da forma como alguns países têm tratado dos crimes militares, principalmente no que diz respeito às novas missões a que suas Forças Armadas têm sido expostas, sobretudo nas Missões de Paz perante a ONU e nas denominadas “Novas Guerras”, como o combate ao terrorismo e ao narcotráfico.

Assim, a Alemanha, em decorrência das sanções internacionais impostas após a Segunda Guerra Mundial não apresenta Justiça Militar especializada em tempo de paz, nem, tampouco há Códigos Penais e Processuais Penais para tratar dos delitos militares. Os militares, na maioria dos casos, têm o mesmo tratamento dos demais servidores públicos. Há

⁶¹² MILLÁN GARRIDO, Antonio. Prólogo a la primera edición. In _____. *Justicia Militar*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 2010, p. 40-41.

⁶¹³ “Al respecto, se destaca como el que la legislación penal militar no excepcional, que se basa en idênticos principios que el Derecho común punitivo, se encuentre marginada del Código penal es algo excepcional y que responde simplemente a una tradición histórica concreta, cuando no a una razón de oportunidad legislativa. Técnicamente, no sólo no existen reparos que impidan la inclusión en el Código penal de un sector de la legislación especial, a la que, desde esse momento, dado el carácter meramente topográfico de la ‘especialidad’, deja de pertenecer la materia incorporada, sino que tal absorción, como he observado en otro lugar, ofrece el atractivo de la simplificación y depuración de la legislación penal militar substantiva, la que, por otra parte, queda no sólo sustancial sino también formalmente sujeta a los principios que, en su parte general, el Código penal establezca” (Ibidem, p. 41).

⁶¹⁴ SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez. *Los delitos contra el patrimonio en el código penal militar*. Madrid: Reus, 2017, p. 22.

apenas uma pequena lei, de quarenta e oito artigos que trata somente dos delitos militares próprios, fazendo referência, contudo, à Parte Geral do Código Penal alemão, sendo, portanto, complementar a ele⁶¹⁵.

Anota José Lopez Sanchez que a referida lei, entretanto, possibilita a incriminação dos partícipes e coautores dos crimes militares e que possui efeitos extraterritoriais. Salienta ainda que o referido diploma normativo protege, ainda, bens jurídicos de outras Forças Armadas quando as condutas a eles vulnerantes causem reflexos ao funcionamento das Forças Armadas alemãs e há um escrupuloso cuidado em evitar a expressão em tempo de guerra que, em outras legislações, figuraria como agravante ou criadora de novos tipos⁶¹⁶.

Em França, muito embora após 1982 a jurisdição ordinária tenha assumido as competências da Justiça Castrense, quedando esta restringida ao tempo de guerra e às unidades enviadas ao exterior, permanece um Código integral⁶¹⁷. Assinala José Lopez Sanchez que, da mesma forma que a Lei Penal Militar Alemã, a codificação francesa não exclui a incriminação do civil que, em coautoria, com pelo menos um militar cometa delitos contrários à disciplina⁶¹⁸.

O referido autor, comparando as legislações penais alemã e francesa com a espanhola, considera que a disciplina é vista de forma mais ampla naquelas legislações que na catalã, uma vez que naquelas legislações são punidos comportamentos que distam muito de por em perigo as relações de hierarquia e subordinação, mediante deveres profissionais específicos. Isso porque seriam punidas condutas em razão de fatos alheios ao serviço, simplesmente pelo fato de ser o ofendido superior⁶¹⁹.

Adverte, ainda, José Lopez Sanchez que, em que pese na França e na Alemanha tenham sido extintas as Justiças Militares em tempo de paz, o processo de profissionalização das Organizações Militares, sobretudo a fim de participar das missões de ingerência humanitária, implicou no recrudescimento do sistema disciplinar o que, de certa forma, faz

⁶¹⁵ Cf. LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 222.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 223.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 224. Anota Carla Deveille-Fontinha que o sistema penal militar francês passou a sofrer alterações a partir de 1982, passando sua legislação penal e processual penal militar a ser integrada gradualmente à legislação penal comum. Nesse contexto, a princípio foram mantidos apenas dois tribunais militares para julgamentos de crimes cometidos fora da França, a saber, o Tribunal das Forças Armadas de Paris e o Tribunal das Forças Armadas, na Alemanha. Em 1999, em alteração que unificou definitivamente o sistema processual penal francês, foi extinto o Tribunal das Forças Armadas na Alemanha, remanescendo apenas o Tribunal das Forças Armadas de Paris, que julga os poucos crimes estritamente militares remanescentes cometidos pelos militares franceses fora do Território francês com base no código de processo penal comum (DEVEILLE-FONTINHA, Carla. A Cooperação Jurídica com a França em Crimes Militares. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, STM, Brasília, 2014, p. 479-480).

⁶¹⁸ Cf. LÓPEZ SANCHEZ, José. Op. cit., p. 224.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 225.

com que prevaleça a “justiça do comandante” em detrimento da Jurisdição Criminal⁶²⁰. Isso se daria haja vista que se há um incremento do sistema disciplinar militar, em razão dos próprios princípios da *ultima ratio* e fragmentariedade do Direito Penal, condutas anteriormente abarcadas pelo sistema penal passam a sê-lo pelo sistema disciplinar⁶²¹.

Traça, ainda, outra nota comparativa entre o Direito Penal Militar Alemão e o Francês a relação de complementaridade com o Direito Penal Comum em seus respectivos ordenamentos. No caso alemão, o Direito Penal Militar é complementar ao Direito Penal comum, o Código Penal Alemão é aplicado a toda lei penal militar germânica. Ou seja, a disciplina militar é vista apenas como uma faceta específica do serviço público⁶²².

No caso francês, por outro lado, o Código Penal comum é subsidiário ao Código Penal Militar, considerado integral, aplicado em tempos de paz e de guerra, possibilitando o artigo 348 do referido *códex* a aplicação da Parte Geral do Código Penal Comum em seus princípios e regras no que tange a aplicação das penas. Seria justificativa para essa diferenciação o fato de, em razão de a França haver estado constantemente em guerras como a da Indochina e a da Independência da Argélia, como também pelo fato de durante a Guerra Fria estar fortemente alinhada aos EUA em detrimento do bloco Comunista, ou seja, estar sob constante ameaça, a função militar não esteja corretamente delineada.

Em contraposição, para o Direito Penal Militar brasileiro, muito embora o Código Penal comum preveja, no artigo 12, norma no sentido da subsidiariedade da referida codificação para com a legislação especial⁶²³, em que pese haja poucas iniciativas jurisprudenciais do Superior Tribunal Militar, e muitas iniciativas na primeira instância da Justiça Militar da União, no sentido de aplicar dispositivos da Lei Penal material comum aos crimes militares⁶²⁴, a doutrina prevalente é no sentido da impossibilidade de entrelaçamento entre os sistemas⁶²⁵.

⁶²⁰ LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 226.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 227.

⁶²² *Ibidem*, p. 228.

⁶²³ “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

⁶²⁴ Podem ser citadas como exemplo algumas decisões no âmbito da aplicação das sanções penais como a aplicação das regras do crime continuado da Parte Geral do Código Penal comum nos processos militares (art. 71 CP comum), a aplicação da cláusula genérica de diminuição da pena nos casos em que o agente indica o local em que está o armamento bélico subtraído (art. 66 CP comum) e aplicação de medida de segurança de tratamento ambulatorial em alguns casos em que a medida de segurança de internação é demasiado drástica (art. 96, inc. II, CP comum), por parte do Superior Tribunal Militar. No que diz respeito à primeira instância, há casos em que são aplicadas penas alternativas e os institutos penalizadores da Lei 9.099/95, principalmente em se tratando de acusados civis. Tais decisões, contudo, no caso de recurso ao STM, tem sido reformadas.

⁶²⁵ Assim, Mario Sérgio Marques Soares assevera que “nosso posicionamento é no sentido de que o legislador ao estabelecer as normas da Parte Geral do Código Penal Militar omitiu deliberadamente aquelas incompatíveis com a sua especialidade, descabendo exigir-lhe excepcioná-las expressamente” (SOARES, Mário Sérgio

Por outro lado, na Itália e na Espanha se observa um quadro diverso, do observado na França e na Alemanha.

Na Itália, além de não haver extinto a sua Justiça Militar em tempo de paz, observa-se a existência de dois Códigos, em dois diplomas legislativos diversos. Um Código Penal Militar para o tempo de paz e outro Código Penal Militar em tempo de guerra, sendo que o primeiro possui certa complementariedade com relação ao Código Penal comum e o segundo é absolutamente excepcional⁶²⁶.

Por expressa previsão constitucional, os civis são excluídos da jurisdição penal militar italiana em tempo de paz e a pena de morte foi extinta do sistema penal italiano para os crimes militares, bem como a restrição da liberdade de locomoção como sanção disciplinar. Por outro lado, é dado bastante relevante o fato de ter sido utilizado o Código Militar de Guerra, mesmo sem que essa tivesse sido declarada, durante as campanhas militares italianas na qualidade de aliada dos Estados Unidos no Iraque e no Afeganistão⁶²⁷, além do fato de haver sido realizada uma consistente reforma da legislação penal militar italiana a fim de tornar o sistema condizente com os Direitos Humanos nos anos de 2002 e 2003.

Com efeito, o ordenamento jurídico italiano previa três hipóteses de aplicação da lei de Guerra: a primeira, quando o Estado Italiano está efetivamente em Guerra declarada com outro Estado; a segunda quando um perigo externo grave e iminente coloca em risco uma parte do território do Estado – que seriam considerados empregos em tempo de guerra - e, por fim, mesmo em tempo de paz, nos casos de envio de tropas italianas ao exterior⁶²⁸.

Brunelli e Mazzi noticiam, entretanto, que devido à disposição no sentido de que aplicar-se-ia a legislação de guerra, mesmo em tempo de paz, nas Operações de Paz, não armadas realizadas pela Itália (Macedônia, Albânia, ex Iugoslávia, Kosovo, Hebron, Etiópia e Eritreia), o legislador italiano sempre se adiantava no sentido de esclarecer que se aplicava o Código Penal Militar de paz. Por outro lado, nas missões do Iraque e do Afeganistão, por haver emprego de tropas armadas, aplicou-se, como já afirmado, o Código Militar de Guerra. Posteriormente, o legislador italiano acabou por determinar que para todas as missões internacionais em que participam os militares italianos, aplica-se o Código Militar de Paz⁶²⁹.

Marques. O arrependimento posterior no código penal militar. *Revista do Ministério Público Militar*, nº 13 (16): 29-35, p. 31, 1994).

⁶²⁶ Cf. BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 12-15.

⁶²⁷ INTELISANO, Antonio. Italian judicial experiences on Peace Support Operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in international military interventions*. Cuenca: Ediciones Catilla-La Mancha, 2009, p. 206.

⁶²⁸ Cf. BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. Op. cit., p. 27-28.

⁶²⁹ BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 29.

A Espanha, a seu turno, vem, desde 1985, quando sua codificação militar adotou um modelo parcialmente complementar, passando por reformas em sua legislação militar, sobretudo em razão de esta haver sido objeto de pactuação em seu processo de abertura política. Anota Léon Villalba que a codificação penal espanhola deixou para trás o modelo de 1945, cuja codificação teria um texto de modelo integral, em que se aglutinavam normas de caráter penal, disciplinar e processual, para se tornar um código complementar, promulgado em 2015⁶³⁰.

Dentre os motivos que levaram o legislador espanhol a decidir por elaborar um novo texto estariam o processo de modernização das organizações militares e os novos empregos das Forças Armadas Espanholas no exterior, integradas em unidades multinacionais ou em organizações supranacionais; a necessidade de cumprimento das obrigações assumidas pela Espanha no que diz respeito à prevenção e castigo das violações de direitos humanos decorrentes da ratificação do Tribunal Penal Internacional e a necessidade de se inserir novas figuras delitivas a outorgar proteção aos direitos fundamentais e liberdades públicas dos militares⁶³¹.

Muito embora a princípio deva ser aplicado ao âmbito estritamente castrense, conforme mandamento da Constituição Espanhola, a fim de resguardar apenas os valores da hierarquia, disciplina e coesão da tropa, e ser uma codificação enxuta que prevê apenas disposições que não poderiam ser reproduzidas no Código Penal comum, em algumas situações, o Código Penal Militar espanhol pode ser aplicado a civis, como, por exemplo, aos membros da guarda civil, em tempo de conflito armado, durante o Estado de Sítio, em cumprimento de missões de caráter militar que lhes sejam determinadas e quando estes estejam incorporados às forças armadas, conforme dispõe o art. 4º, do referido diploma⁶³². Outro caso interessante de punição por infração à lei penal militar é o do descumprimento de contratos por empresários quando do Estado de Sítio e em ocasião de conflito armado.

Nessa esteira, assevera que José Antonio Rodríguez Santisteban, justificando a punição de civis pela prática de crimes militares operada pelo Código Penal Militar que:

(...) em determinados casos, o sujeito ativo do delito militar pode ser um civil ou se incluem delitos que podem considerar-se comuns, sem que por isto deixe de estar justificada a inclusão dos mesmos como delitos militares se se raciocina que afeta aos interesses ou bens jurídico-penais militares e, por tanto, abarca o requisito

⁶³⁰ LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 42-74.

⁶³¹ Item II do preâmbulo à “ley orgánica 14/2015, de 14 de outubro, del Código Penal Militar”.

⁶³² LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016, p. 82-86.

fundamental e primário para formar parte do texto penal militar. Não se deve olvidar que o castrense não é um mundo à parte, nem o Direito militar é um ordenamento separado tal e como salienta o Tribunal Constitucional⁶³³.

Digno de nota também é que o referido código, no mesmo dispositivo em que trata da extensão da aplicação da lei penal militar aos membros da guarda civil e aos alunos das escolas de formação, apresenta o conceito de conflito armado, que é bem mais atual e abrangente que o conceito de guerra⁶³⁴.

Importante ainda ressaltar que a referida codificação se manteve, mesmo em face da previsão constitucional em tempo de guerra, no sentido da não aplicação da pena de morte para os crimes militares. No âmbito das penas, ainda, ganha relevo o fato de terem sido adotadas a suspensão condicional da pena e a pena de multa como alternativas à pena privativa de liberdade nos casos em que a disciplina não estiver severamente comprometida pela infração penal, como, por exemplo, em alguns crimes culposos⁶³⁵, aproximando-se a disciplina das penas bastante do disposto no Código Penal comum. Exceção nessa matéria é quanto à execução das penas, haja vista que há todo um sistema penitenciário diferenciado para o cumprimento das penas privativas de liberdade pelos militares.

Ainda, na Europa, sistema penal militar que merece bastante atenção é o dos Países Baixos. Além de se notabilizar por ser justamente o país sede do Tribunal Penal Internacional, os Países Baixos, geralmente considerados uma nação liberal e vanguardista em matéria de Direitos Humanos, mantém um Código Penal Militar autônomo, um Código de Processo Penal e um código disciplinar para suas Forças Armadas, que são aplicados em tempo de paz, tempo de guerra e, salvo disposições específicas em tratados e acordos internacionais, nos casos em que as tropas holandesas participarem de Operações de Paz, ou operações conjuntas⁶³⁶.

⁶³³ “En determinados casos el sujeto activo del delito militar puede ser un civil o se incluyen delitos que pueden considerarse comunes, sin que por ello deje de estar justificada la inclusión de los mismos como delitos militares si se razona que afecta a los intereses o bienes jurídico-penales militares y, por tanto, abarca el requisito fundamental y primário para formar parte del texto penal militar. No se debe olvidar que lo castrense no es un mundo aparte, ni el Derecho militar es un ordenamiento separado tal y como señala el Tribunal Constitucional” (SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez. *Los delitos contra el patrimonio en el código penal militar*. Madrid: Reus, 2017, p. 25).

⁶³⁴ “Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución ‘tiempos de guerra’ se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión ‘en situación de conflicto armado’, conforme com el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudência consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario” (Item II do preâmbulo à “ley orgânica 14/2015, de 14 de outubro, del Código Penal Militar”).

⁶³⁵ LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. Op. cit., p. 128-136.

⁶³⁶ Cf. Carta do Embaixador do Reino dos Países Baixos no Brasil ao ofício nº 1167/GAB-PGJM/MPM, de 15 de agosto de 2017, do Procurador Geral do Ministério Público Militar.

Dado relevante sobre a referida nação é ser da competência de sua justiça militar o julgamento não apenas dos crimes de guerra, mas também do crime de genocídio e crimes contra a humanidade, havendo, inclusive, norma no sentido de que seu escabinato teria competência universal quanto aos referidos crimes⁶³⁷.

No México, país que, como a Colômbia, vem se notabilizado pela utilização das Forças Armadas na Guerra contra o narcotráfico, o sistema de codificação utilizado é o Código de Justiça Militar que reúne normas de Direito Penal Militar, Processual Penal Militar, Direito Administrativo e Disciplinar Militar, estruturando-se em dois livros: o primeiro trata da organização e competência e, o segundo, dos delitos, faltas, delinquentes e penas⁶³⁸. Conforme aponta Alejandro Carlo Espinosa, e nos aprofundaremos ao tratarmos da jurisdição militar no tópico posterior, é pacífico na doutrina e no judiciário mexicanos que o Direito Militar envolve muito mais que apenas a matéria penal militar⁶³⁹.

Na vizinha Argentina, em 2009, através da Lei 26.394, houve significativa modificação no sistema repressivo castrense. A Argentina optou por simplesmente integrar o referido sistema, no que concerne às normas de direito penal e processual penal ao sistema comum, e submeter o julgamento dos crimes militares à sua Justiça Federal. Optou, por outro lado, por um sistema disciplinar mais rigoroso que permite às Forças Armadas sanções disciplinares restritivas de liberdade em até sessenta dias e perda do posto e exclusão das Forças Armadas, nos seus graus grave e gravíssimo⁶⁴⁰.

4.1.2. A jurisdição penal militar no direito comparado

A questão da jurisdição militar especial, ou da manutenção dos tribunais militares em tempo de paz é a mais tormentosa no que diz respeito à legitimidade do sistema penal militar no contexto do Estado Democrático de Direito, pois, muito embora, a princípio, pareça razoável que se punam de forma diferenciada determinadas condutas praticadas no contexto militar em razão da especial relação jurídica do infrator com determinado bem jurídico afeto à segurança do próprio Estado e da Sociedade como um todo, em outro diapasão, a ideia de uma jurisdição militar especializada para julgar tais crimes, dado, sobretudo, o recente

⁶³⁷ Cf. ESER, Albin. *Hacia un Derecho Penal Mundial*. Trad. Enrique Díaz-Aranda, Héctor Fix-Fierro, Manuel Cancio Meliá, Rocío Procel Sánchez, Said Escudero Irra, Teresa Manso Porto. Granada: Comares, 2009, p. 142.

⁶³⁸ Conforme informações prestadas pelo Embaixador do México no Brasil através do ofício BRA01727/10-1"17", em resposta a indagações do Procurador Geral de Justiça Militar do Ministério Público da União.

⁶³⁹ ESPINOSA, Alejandro Carlos. *La condicion jurídica de los militares en México*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3005/7.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018

⁶⁴⁰ Conforme informações prestadas pelo Embaixador da Argentina no Brasil através do ofício nº1277/2017, em resposta a indagações do Procurador Geral de Justiça Militar do Ministério Público da União.

passado histórico do século XX, em que governos ditatoriais utilizaram tal jurisdição como braço jurídico de seus regimes, é vista com certa desconfiança por grande parte da comunidade jurídica, para não se dizer a maior parte, e, ainda mais, pelo leigo. Tal ocorrência colocaria em cheque, a princípio, a justificação política de sua existência.

Analisar-se-á, nesse tópico, portanto, como a Jurisdição Militar se organiza no mundo e como têm sido realizados os movimentos no sentido de sua reforma.

No que tange à organização da jurisdição militar, a doutrina apresenta duas classificações, uma primeira mais simplificada, que subdividiria em *i*) modelo saxão, *ii*) modelo europeu continental e *iii*) modelo de situações excepcionais; e uma mais complexa, que os subdividiria em *i*) sistema anglo-saxão (Reino Unido, Irlanda do Norte, Estados Unidos, Canadá, Israel, Austrália, Filipinas, Nova Zelândia etc.), *ii*) sistema latino romanista (Itália, Bélgica, Portugal, Suíça, Países Baixos, Grécia, Luxemburgo, Túnez, Marrocos), *iii*) sistema dos países comunistas (URSS, Romênia e antiga Iugoslávia), *iv*) sistema de jurisdição excepcional (França, Alemanha, Áustria, Suécia) e o *v*) sistema dos países ibero-americanos (Argentina, Chile, Colômbia, Venezuela, Brasil, México)⁶⁴¹.

Adotando a classificação mais simplificada, José Lopez Sánchez assevera que no tange à existência de uma jurisdição militar organizada, observa-se como critério norteador a espécie de emprego das Forças Armadas, o grau de ameaça a que é submetido cada Estado e a conformação de seus contingentes⁶⁴².

Em países como os EUA e a Inglaterra, que estão constantemente sob a ameaça externa, e que fazem do recurso à Guerra uma extensão de suas práticas diplomáticas, muito embora as vedações do Direito Internacional Público e esses próprios Estados não admitam, subsiste o modelo dos “Conselhos de Guerra”, com competência sobre todas as infrações cometidas por militares, quer sejam penais ou disciplinares, e mesmo por civis que estejam tipificadas nas leis penais militares. Os Conselhos de Guerra são formados por militares oficiais que, por vezes, são assessorados por juristas militares⁶⁴³.

Este seria o sistema que traria maiores prerrogativas à cadeia de comando militar, uma vez que seriam os militares pertencentes a esta cadeia que teriam a prerrogativa de iniciar os

⁶⁴¹ Cf. MANCHEGO, José F. Palomino. La unidad de jurisdicción en el Perú (a proposito de la justicia militar). In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil* – Coletânea de Estudos Jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 73-74.

⁶⁴² Cf. LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 228.

⁶⁴³ LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 230.

processos, realizar a instrução e julgar os casos, restando apenas à revisão dos casos a tribunais de Apelação ou de Cassação integrados por magistrados da Jurisdição ordinária⁶⁴⁴.

No segundo sistema, como o que existe na Itália e na Espanha, em que os órgãos são mais técnicos e apresentam características judiciais. No caso da Itália, a magistratura especial militar forma uma estrutura totalmente separada da estrutura militar⁶⁴⁵, o que não ocorre na Espanha que, muito embora os Juízes da Sala Quinta do Tribunal Supremo não tenham nenhuma relação com o Ministério da Defesa daquele país, todo o resto da estrutura da Justiça Militar espanhola é dependente financeiramente do Ministério da Defesa, sendo administrativa⁶⁴⁶. Dessa forma, o sistema de justiça militar italiano aproxima-se mais do brasileiro que o espanhol.

Já um terceiro sistema seria aquele que submete o processamento e julgamento dos crimes militares em tempo de paz à jurisdição ordinária comum, tal como ocorre na Alemanha e em França e que somente submetem seus militares à jurisdição castrense em casos excepcionais, como os de guerra, ou como no caso da França, quando cometidos em missões ocorridas no Exterior.

José López Sánchez afirma que muitos fatores influem na eleição de um ou outro sistema de jurisdição, dentre eles a tradição jurídica, o grau de profissionalização das Forças Armadas, sua conformação constitucional etc., mas o fator determinante seria o grau de ameaça externa pelo que passam os países e a espécie de missões previsíveis com respeito a ela⁶⁴⁷.

Nos Estados Unidos, não obstante haja total profissionalização dos contingentes das Forças Armadas, uma vez que a experiência com a Guerra do Vietnã trouxe muitos custos políticos ao referido Estado e se entende que as Forças Armadas não devem influir na política, em que pese tenha demonstrado extrema flexibilidade em conformar-se a Organização Militar para a Guerra do Iraque, em 2003, não se mostrou necessária a alteração da jurisdição militar, pois esta seria característica de guerra⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ Idem.

⁶⁴⁵ Ibidem, 2007.

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 216.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 231.

⁶⁴⁸ Nesse sentido: “*Estos países disponen, como vemos de ejércitos profesionales, es decir, instrumentos del Estado, sea cual sea u ideología política, para la utilización de la fuerza militar cuando los gobernantes lo consideren necesario, de modo que la organización militar está dispuesta sumisamente a servir con eficacia profesional a su cliente, como un simple y especializado brazo de la empresa estatal. Una organización siempre dispuesta para la intervención armada sobre cualquier objetivo, es decir, con todas las connotaciones que trae consigo el estado de guerra, há de tener una jurisdicción militar como la que tiene, es decir para tempo de guerra*” (LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 231).

Com efeito, muito embora possuam um Código de Justiça Militar⁶⁴⁹ bastante extenso e detalhista, nos Estados Unidos da América não se adotou o princípio da reserva legal e não há uma diferenciação clara entre o que se considera crime e infração disciplinar militar⁶⁵⁰. As hipóteses fáticas previstas no Código de Justiça Militar americano são denominadas ofensas (*offences*) e são julgadas por Cortes Marciais administradas pelo Departamento de Defesa Norte-Americano⁶⁵¹.

Tais Cortes Marciais, decidiu a Suprema Corte Americana, não fazem parte do Poder Judiciário e são organizadas em três tipos de jurisdição militar: uma a ser exercida em tempo de guerra e paz; uma segunda a ser exercida em tempo de guerra externa fora das fronteiras dos Estados Unidos, ou em tempo de rebeliões e guerra civil, em distritos ocupados por rebeldes beligerantes; e uma terceira, em caso de invasão ou insurreição dentro dos limites dos Estados Unidos, em que seria aplicada a lei marcial⁶⁵².

O Código de Justiça Militar norte-americano prevê três espécies de cortes marciais que seriam as *a)* gerais, compostas por um juiz militar e não menos que cinco membros, ou só um juiz militar se o acusado assim desejar, e tem competência para julgar todas as ofensas podendo aplicar até a pena de morte; *b)* as especiais, compostas por três membros, por um juiz militar e não menos que três membros ou apenas por um juiz militar se o acusado assim desejar, e pode impor punição não maior que seis meses de confinamento, até três meses de trabalhos forçados sem confinamento, desligamento, confisco do pagamento e rebaixamento na graduação; e *c)* as sumárias, que se compõem de um oficial comissionado pelo Comandante e só julga ofensas menores, com competência apenas sobre os membros das forças armadas, e impõem punições de até um mês de confinamento e outras menores⁶⁵³.

Acima das Cortes Marciais, há quatro Cortes de Revisão que teriam competência para rever sentenças cuja pena seria igual ou superior a um ano de confinamento e que envolvam dispensas de oficial comissionado ou a demissão de quem esteja alistado. Tais Cortes de Revisão estariam submetidas à *United States Court of Appeals for the Armed Forces*, antiga Corte de Apelações Militares, composta por cinco juízes, a mais alta corte do sistema de justiça militar norte-americano⁶⁵⁴.

⁶⁴⁹ *Uniform Code of Military Justice*.

⁶⁵⁰ DE SOUZA, Octavio Augusto Simon. *Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norteamericano*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 66.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 67.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 68.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 69-70.

⁶⁵⁴ DE SOUZA, Octavio Augusto Simon. *Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norteamericano*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 70-71.

O estudo da jurisdição militar americana merece grande atenção no que diz respeito à questão da legitimidade da existência de tribunais militares no contexto do Estado Democrático de Direito. Como já houve oportunidade de ressaltar, os Estados Unidos, nação que tradicionalmente se demonstra como defensores da democracia e dos Direitos Humanos, tem especial participação na construção, primeiro da Liga das Nações e, posteriormente, da própria ONU, a partir dos anos 90, quando da “Operação Tempestade no Deserto” passa a tomar atitudes mais ambíguas no que diz respeito ao seu papel como protagonista da defesa dos Direitos Humanos e Democracia no contexto global. Com a denominada “Guerra contra o Terrorismo”, após o 11 de setembro, é que se observa uma guinada ainda maior em sentido contrário ao respeito não só a regras de direitos humanos, mas também, a regras de direito humanitário.

Certo é que uma característica da sociedade americana, pós ataque às torres gêmeas, é ser considerada a nação mais militarizada da nossa era, tais quais foram Roma na Antiguidade e a Prússia de Frederico II, antes da Revolução Francesa, pois conta com Forças Armadas compostas por mais de dois milhões de homens, sem contar com seus reservistas, sua guarda nacional, os milhares de habitantes que trabalham na indústria bélica e outros milhões de mercenários e portadores de armas com fins civis, como os policiais e oficiais aduaneiros, todos envolvidos na guerra contra o terrorismo⁶⁵⁵.

Nesse contexto, surge a política americana contra o terrorismo que, para Christine Harrington, apresentaria três medidas jurídicas importantes que seriam a política executiva de Guantánamo; a ‘rendição extraordinária’ e a detenção indeterminada. Pela política executiva de Guantánamo, aqueles indivíduos considerados ‘terroristas’ são mantidos presos na referida prisão onde uma comissão ou junta militar julga se eles podem ser considerados combatentes inimigos ou não. Pela rendição extraordinária, o governo Bush utilizava de métodos desumanos e cruéis, como a tortura, a fim de obter informações e tenta legitimar tal procedimento tentando afastar as convenções de Genebra sob o argumento no sentido de que tais combatentes seriam combatentes irregulares. Pela detenção indefinida, os prisioneiros de Guantánamo passam meses sem a possibilidade de serem ouvidos e sem acusação formada, ao arrepio da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e das críticas do Comitê da Cruz Vermelha⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 39.

⁶⁵⁶ HARRINGTON, Christine. Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 58-64.

Cristine Harrington afirma ainda que, muito embora a postura do Presidente dos Estados Unidos de estabelecer as denominadas juntas militares e a manutenção das prisões por tempo indeterminado em que se pratica tortura constitua um abuso de poder que estaria sujeito até ao juízo político do *impeachment*, a postura da Suprema Corte Americana foi de não confrontar o *Patriot Act* do Chefe do Executivo no julgamento do caso *Hamdi*⁶⁵⁷.

Uma das características das Comissões militares americanas instaladas em Guantánamo seria o fato de não possibilitarem apelações aos tribunais civis⁶⁵⁸.

John Brigham, ao seu turno, ao analisar a política antiterrorista americana, no contexto da relação entre direito e política, adverte para o fato de que se pode fazer uma analogia entre o que ocorreu no Terceiro Reich alemão e o que tem ocorrido nos Estados Unidos, no que diz respeito ao fracasso das pessoas comuns em conter as ações do governo, num país que apresenta os paradoxos de ser a terra *“tanto do terror, como da Academia do Óscar, da tortura e da torta quente de maçã, da arrogância coletiva e da mui sincera, humildade individual”*⁶⁵⁹.

Assevera ainda o referido autor:

É em um sentido muito parecido a isto que dizemos sobre o humor o que faz que as referências à “pátria” americana sejam tão peculiares. A referência pretende trazer da mente um lugar, a terra em que descansa os Estados Unidos, e a sensação de que esse lugar está constituído como o sítio donde se vive uma forma de vida americana. A frase é redundante e estranha em vários aspectos. Estados Unidos já não têm um Departamento de Guerra. O chamamento para proteger a “pátria” americana é de nova criação. Esse uso da palavra nos Estados Unidos é posterior ao 11 de setembro de 2001, e o conceito aplicado aos Estados Unidos, em lugar daquele aplicado ao Terceiro Reich, também é novo. O que esses conceitos indicam é que pode haver sido pensado tradicionalmente como mais apropriado ao alemão e a sua noção de um lugar associado com o doméstico e com a nação⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ HARRINGTON, Christine. Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 65.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 67.

⁶⁵⁹ BRIGHAM, John. Anti-Antiterror: La codificación por colores y la Broma de la ‘Seguridad Nacional’. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 81.

⁶⁶⁰ “Es en un sentido muy parecido a esta que decimos sobre el humor lo que hace que las referencias a la ‘patria’ americana sean tan peculiares. La referencia pretende traer a la mente un lugar; la tierra en la que descansa Estado Unidos, y la sensación de que esse lugar está constituído como el sitio donde se vive una forma de vida americana. La frase es redundante y extraña en varios aspectos. Estados Unidos ya no tiene un Departamento de Guerra. Es su Departamento de Defensa el que hace las guerras. El llamamiento a proteger la ‘patria’ americana es de nueva creación. Esse uso de la palabra en los Estados Unidos es poeterior al 11 de septiembre de 2001, y el concepto, aplicado a los Estado Uniddos en lugar de al Tercer Reich, también es nuevo. Lo que esos conceptos indican podría haver sido pensado tradicionalmente como más apropiado al alemán y a su noción de un lugar asociado com lo doméstico y com la nación” (Ibidem, p. 92).

Ou seja, utilizou-se de uma espécie de jurisdição militar administrativa, as comissões, a fim de “etiquetar” alguns indivíduos como “terroristas”. A tais indivíduos não seriam garantidos o Direito Internacional Humanitário nem, muito menos, direitos humanos, tendo em vista que foram classificados como “combatentes ilegais” ou combatentes “irregulares”, sendo passíveis de tortura, isolamento etc⁶⁶¹.

A grande crítica aos encarceramentos realizados pelas Comissões Militares americanas, muito embora tenham sido noticiados casos de tortura e de isolamento sem a possibilidade de o detento se entrevistar com advogados, foi o fato de desrespeitar o devido processo legal e permitir o encarceramento de uma pessoa sem provas do cometimento de um crime, mas pela mera declaração estatal de que seriam combatentes inimigos⁶⁶².

A Justiça Militar Canadense segue o mesmo modelo dos Estados Unidos e inglês, compondo-se de Cortes Marciais com três a cinco militares oficiais⁶⁶³, submetida ao Executivo. Dados relevantes são o fato de haver a participação de civis em suas cortes de recurso (juízes oriundos das Cortes Federais)⁶⁶⁴, haver sido extinta a pena de morte para os civis em 1967 e para os militares em 1998⁶⁶⁵. Além disso, exerce jurisdição não apenas sobre militares, mas também sobre civis, embora seja raro⁶⁶⁶.

Além disso, tem sido constantemente empregada de forma extraterritorial, acompanhando as tropas Canadenses que estão em missões decorrentes de sua participação na OTAN⁶⁶⁷, baseando seus julgamentos no Ato de Defesa Nacional, nas Regulações e Ordens da Rainha para as Forças Canadenses e na subseção 11 F da Carta Canadense de Direitos e Liberdades⁶⁶⁸.

Em França e na Alemanha, o sistema de jurisdição, tendo em vista que seus exércitos corromperam seu viés profissional para controlar a vida civil e intervir na política, como ocorreu com De Gaulle e os oficiais Argelinos e com o Nazismo de Hitler, respectivamente, explica-se que a jurisdição militar passe à justiça ordinária, como forma de controle civil da Organização Militar em todos os aspectos⁶⁶⁹. É essa a realidade, aliás, que explicaria as razões

⁶⁶¹ FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 29.

⁶⁶² Ibidem, p. 55.

⁶⁶³ DUFOUR, André Joseph Philippe. O sistema de Justiça Militar Canadense. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014, p. 242.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 244.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 249.

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 252.

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 243.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 241.

⁶⁶⁹ Cf. LÓPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 232.

pelas quais há uma tendência mundial em suprimir a jurisdição penal militar em tempo de paz ao redor do mundo.

Importante salientar, entretanto, que não obstante os crimes militares em sua grande parte estejam encravados na legislação penal comum na Alemanha, a disciplina militar tem grande reforço de seu sistema disciplinar⁶⁷⁰. Esse sistema, codificado em um código disciplinar, seria efetivado pelo Comandante hierarquicamente superior direto do transgressor, nos casos de transgressões mais leves, ou pelos “tribunais de serviços militares”, nos casos de ofensas mais graves, respostas disciplinares e reclamações em geral referentes ao serviço militar⁶⁷¹.

Estes tribunais seriam compostos por um magistrado civil profissional e dois militares que são os juízes honorários de hierarquia superior à do transgressor e há, além disso, um promotor disciplinar, também civil, que atua junto a eles⁶⁷². No caso de haver necessidade da prisão disciplinar de um militar com urgência, a medida é levada ao conhecimento do juiz profissional que a autoriza ou não, para só posteriormente retornar ao comandante para a realização ou reforço do ato⁶⁷³.

Discorrendo sobre o sistema italiano, que teria inspirado o sistema espanhol, José López Sanchez afirma que há aspectos diferenciais possibilitando uma maior legitimidade em relação ao espanhol. O primeiro diz respeito à submissão de civis à jurisdição militar em tempo de paz que foi terminantemente proibida pela Constituição Italiana, impedindo que haja punições às ofensas à lei penal militar. O segundo tem relação com o recrutamento dos juízes militares, uma vez que se elegeu um tipo de organização totalmente judicializado⁶⁷⁴. Defende o referido autor a supressão da justiça militar em tempo de paz na Espanha tendo em vista a crescente profissionalização da Organização Militar e a conseqüente diminuição dos contingentes.

Quanto à jurisdição penal militar espanhola, observa-se que se tornou consenso que a hipertrofia do sistema jurídico castrense é característica dos regimes ditatoriais, sendo a tarefa imposta ao legislador pela Constituição Espanhola no seu art. 170.5, transformar radicalmente

⁶⁷⁰ PORETSCHKIN, Alexander. A jurisdição militar na Alemanha. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 119.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 120/121.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 124.

⁶⁷⁴ Cf. LÓPEZ SANCHEZ, José. *Op. cit.*, p. 233.

a configuração e organização da jurisdição militar e reduzi-la ao estritamente necessário para campo de sua competência⁶⁷⁵.

Assim, a lei de organização judiciária militar espanhola estabelece que a jurisdição militar é integrante do Poder Judiciário daquele Estado. Mas não é uma jurisdição apenas especializada, mas sim, especial, haja vista que, não obstante seja parte do Poder Judiciário Espanhol, não rompeu, por completo, com alguns laços com o Poder Executivo, como ter alguns de seus integrantes (juízes, promotores e relatores) oriundos do Corpo Jurídico Militar das Forças Armadas Espanholas; sua administração e nomeações serem efetivadas pelo Ministério da Defesa; e de serem seus juízes submissos aos códigos disciplinares das forças armadas, em que pese os órgãos que os podem sancionar não o sejam⁶⁷⁶.

A justiça militar espanhola guarda diversas semelhanças com a justiça militar brasileira, dentre elas podem ser destacadas a composição mista de seus órgãos jurisdicionais⁶⁷⁷, o fato de se acatar princípios do Poder Judiciário – como a vinculação direta dos órgãos à jurisdição militar da Constituição, o dever de declarar nulos ou anuláveis a lei ou ato contrário à Constituição, o princípio de hierarquia normativa e o dever de rechaçar pedidos que significam fraude à lei ou abuso de direito⁶⁷⁸ - e o princípio da exclusividade jurisdicional pelo qual é, no caso, a Justiça Militar que julga e executa os julgados de sua competência, não havendo interferências do Poder Executivo⁶⁷⁹.

Deve ser ressaltada a grande preocupação do Legislador Espanhol com a independência dos juízes de sua Justiça Militar. Nesse sentido, muito embora o artigo 8º de sua Lei de Organização Judiciária estabeleça uma regra vaga e imprecisa no sentido de sua independência⁶⁸⁰, o referido sistema possui instrumentos concretos a fim de resguardar a independência, sobretudo dos juízes militares, como, por exemplo, o dever de informar ao Conselho do Poder Judicial qualquer ato que os faça considerar-se perturbados em sua

⁶⁷⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO, José. La organización de la jurisdicción penal militar y su evolución. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 263.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 263-264.

⁶⁷⁷ Observa-se que os órgãos colegiados daquela justiça são compostos pelo escabinato. Assim, os tribunais militares territoriais, o Tribunal Militar Central e até a 5ª Sala do Tribunal Supremo (equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal) apresentam a composição mista de juízes civis (formados e especializados em Direito) e juízes militares (oriundos das carreiras das Forças Armadas) (Ibidem, p. 264).

⁶⁷⁸ Ibidem, p. 265.

⁶⁷⁹ Idem.

⁶⁸⁰ “*En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares será independientes, inamovibles, responsables, y sometidos unicamente al imperio de la ley. Su nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los caos y con las garantías establecidas en las leyes. Responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes. Responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes y disciplinariamente por las faltas e infracciones que cometan, en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en esta Ley*”.

independência funcional e o fato de os juízes militares da instância máxima do judiciário militar espanhol, no momento de sua posse, assumirem definitivamente a condição de magistrados do Tribunal Supremo, passando à posição de reformados e não podendo retornar à atividade das Forças Armadas⁶⁸¹.

Nos Países Baixos, a investigação é realizada preliminarmente por um corpo de militares especialmente formados e designados para aquela função (Royal Military Constabulary) e é dirigida e fiscalizada, tal como no Brasil, por um Promotor de Justiça especializado na matéria militar, civil. A ação penal é oferecida na primeira instância em que há um colegiado misto, composto por dois civis e um militar. A mesma composição permanece na corte de apelação, da qual somente cabe recurso à Suprema Corte da Holanda. Em tempo de paz, a jurisdição militar holandesa incide apenas sobre os militares. Em tempo de guerra, abrange não apenas os militares, mas todos aqueles que estiverem em território ocupado pelas Forças Armadas do Reino dos Países Baixos⁶⁸².

Ainda na Europa, há alguns casos bastante peculiares, que merecem uma ressalva, como o da Grécia e de Portugal.

Na Grécia, a Justiça Militar é subordinada ao Ministério Nacional de Defesa, que reserva alguns poderes administrativos de supervisão, normatização e nomeação e designação de membros do corpo judicial, e é estruturada com um Conselho Supremo Judicial que exerce função judicante e de assessoramento, uma segunda instância constituída da Corte de Apelação Militar, e uma série de outros tribunais separados por cada Força Armada⁶⁸³.

A jurisdição militar grega, a princípio, julga os crimes dos militares, excluindo, *a priori*, os civis de sua jurisdição, exceto em algumas pouquíssimas ofensas em relação à segurança e a ordem pública em casos de emergência oficialmente proclamados e em tempo de guerra⁶⁸⁴. Além da matéria criminal, a justiça militar grega julga, também, a responsabilidade civil decorrente dos casos criminais por ela julgada⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ JIMÉNEZ VILLAREJO, José. La organización de la jurisdicción penal militar y su evolución. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 266-267.

⁶⁸² Cf. Carta do Embaixador do Reino dos Países Baixos no Brasil ao ofício nº 1167/GAB-PGJM/MPM, de 15 de agosto de 2017, do Procurador Geral do Ministério Público Militar.

⁶⁸³ ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. Military Criminal Jurisdiction in Greece. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 216-218.

⁶⁸⁴ ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. Military Criminal Jurisdiction in Greece. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 222

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 224.

Os promotores que atuam na justiça militar grega são absolutamente independentes dos tribunais em que atuam, a pena de morte em caso de crimes de guerra foi abolida desde 2004, e os Crimes do Tribunal Penal Internacional não são submetidos à jurisdição militar⁶⁸⁶.

Em 1997 a Revisão Constitucional portuguesa extinguiu a referência aos tribunais militares em tempo de paz, o que determinou que fossem incluídos Juízes militares nas composições dos tribunais das várias instâncias que julguem os crimes estritamente militares na justiça penal ordinária daquele país, bem como sido estabelecidas formas especiais de assessoria junto do Ministério Público, remanescendo a possibilidade de haver tribunais militares durante a vigência do estado de guerra e apenas com competência para julgar crimes de natureza estritamente militar, conforme dispõe o artigo 213 da Constituição Portuguesa⁶⁸⁷.

A reformulação do sistema militar português foi realizada de forma cautelosa, sendo que se destaca a aprovação de um novo CJM em 2003, que entrou em vigor somente em 2004, concomitantemente com a extinção do serviço militar obrigatório⁶⁸⁸. Quanto às disposições penais do referido código que elenca seus crimes em oito categorias, a saber: os crimes contra a independência e a integridade nacionais, contra os direitos das pessoas, contra a missão das Forças Armadas, contra a capacidade militar e a defesa nacional, contra a autoridade, contra o dever militar e contra o dever marítimo, observa-se que vige o princípio da extraterritorialidade, como ocorre na maioria das legislações penais militares, mas somente há persecução penal por crimes militares praticados no estrangeiro se seus agentes forem encontrados em Portugal⁶⁸⁹.

Na América Latina, a configuração da jurisdição militar difere entre os países. No México, conforme dispõe o artigo 1º do Código de Justiça Militar, a Administração da Justiça

⁶⁸⁶ ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. Military Criminal Jurisdiction in Greece. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 223-225.

⁶⁸⁷ ANDRADE, Luís Filipe. O julgamento dos crimes militares em Portugal. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 279. Assim, “com a extinção dos Tribunais Militares em tempo de paz, conforme visto, houve necessidade de prever a existência de juízes militares junto dos Tribunais apontados anteriormente, bem como de assessores militares junto dos órgãos de instrução criminal, sendo o mecanismo regulador o ‘Estatuto dos Juízes Militares e dos Assessores Militares do Ministério Público’, aprovado pela Lei nº 101, na mesma data do CJM. Assim, o quadro de cada um dos Tribunais apontados anteriormente prevê a existência dos seguintes juízes militares, os quais são nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura:

- Oficial general de três estrelas dos três ramos das Forças Armadas ou da Guarda Nacional Republicana (GNR), no Supremo Tribunal de Justiça;
- Oficial general de duas estrelas dos três ramos das Forças Armadas ou da GNR, nos Tribunais da Relação de Lisboa e do Porto;
- Capitão-de-mar-e-guerra ou Coronel dos três ramos das Forças Armadas ou da GNR, nos Tribunais de 1ª instância” (p. 281).

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 280

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 282/283.

Militar corresponde ao tribunal superior militar, aos tribunais militares de juízo oral, aos Juízes militares de controle e aos Juízes de execução⁶⁹⁰.

Os julgamentos de primeira instância, realizados perante os tribunais militares de juízo oral, que se conformam em conselhos de guerra ordinários e extraordinários, são instruídos pelo juiz civil togado e julgados pelos juízes militares, componentes do conselho⁶⁹¹.

Tais conselhos julgam não apenas a matéria relativa aos crimes militares e questões envolvendo direito processual penal, mas também matéria de âmbito disciplinar, direito administrativo laboral, direito da seguridade social, direito internacional e garantias individuais constitucionais⁶⁹².

De se ressaltar a existência de um Ministério Público Militar independente a fim de possibilitar o respeito ao princípio acusatório⁶⁹³.

No Peru, em decorrência da ditadura Fujimori, sua Justiça Militar, totalmente excluída do Poder Judiciário e composta exclusivamente por militares, passou a ser utilizada como braço jurídico do governo quando a sua própria Constituição passou a prever a pena de morte, além de no período de guerra, nos casos de terrorismo⁶⁹⁴.

José F. Palomino Manchego estabelece alguns traços característicos da jurisdição castrense peruana que a fazem totalitária, dentre os quais se pode citar:

- a) se mantém formalmente um reconhecimento excepcional à Jurisdição Militar (art. 139, inc. 1). Isto significa que o foro castrense não poderá integrar-se ao Poder Judicial, nem a título de exceção ou emergência. Este aspecto se vê reforçado com o princípio da proibição de órgãos jurisdicionais de exceção ou ‘comissões especiais’ (art. 139, inc. 3).
- b) Se afirma como princípio que os sujeitos submetidos à Jurisdição Militar são os membros das Forças Armadas e da Polícia Nacional nos casos de cometer delitos de função (art. 173). Se separa assim a jurisdição civil ou ordinária da militar. Vistas assim as coisas, o Poder Judicial não poderá julgar o pessoal profissional das armas (militares e polícias).
- c) Os membros das Forças Armadas e da Polícia Nacional têm seu próprio ‘foro’ (art. 1736), mas se regem pela Lei Orgânica e o Código de Justiça Militar.
- d) Se bem que é certo que se afirma o princípio de que os civis não estão submetidos à Jurisdição Militar, se admitem as seguintes exceções: i) Quando existir acusação de terrorismo; ii) Quando existir acusação de traição à pátria; iii) Quando se infrinja a obrigação de prestar o Serviço Militar Obrigatório.

⁶⁹⁰ Cf. ofício BRA 01727/10-1/17”, expedido pelo Embaixador do México no Brasil em resposta a questionamentos realizados pela Procuradoria de Justiça Militar do Ministério Público da União.

⁶⁹¹ ESPINOSA, Alejandro Carlos. *La condicion jurídica de los militares en México*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3005/7.pdf>, p. 100. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

⁶⁹² Ibidem, p. 93.

⁶⁹³ Cf. ofício BRA 01727/10-1/17”, expedido pelo Embaixador do México no Brasil em resposta a questionamentos realizados pela Procuradoria de Justiça Militar do Ministério Público da União.

⁶⁹⁴ Art. 140. *La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que Perú es parte obligada”.*

e) O decidido pelo Foro Militar não pode ser revisado (cassado) pela judicatura ordinária salvo quando a máxima instância da milícia – o Conselho Supremo de Justiça Militar imponha a pena de morte⁶⁹⁵.

No Chile, remanesce a justiça militar de viés tradicional, bastante complexa, conformada por Cortes Marciais, uma em Santiago, destinada ao julgamento dos casos provenientes da Força Aérea, Exército e da Polícia (carabineiros), e outra em Valparaíso, destinada à Armada, que seriam os tribunais de recurso. Em instância inferior, há os juizados militares, divididos em juizados militares do Exército, da Força Aérea e da Armada, que sempre têm uma configuração binária, compostos por um Almirante, General, Almirante de Armas e o Auditor⁶⁹⁶, sendo que quem julga e profere as sentenças é o oficial. Ao Auditor, munido de poder inquisitivo, caberia a atribuição de receber documentos e a prova, produzidos pela Promotoria Militar, e realizar as diligências, a fim de que o juiz militar julgue o processo⁶⁹⁷.

Tal jurisdição que conhece de matéria criminal e disciplinar se notabilizou pelas críticas no sentido de que apoiava o governo militar, sobretudo por ter a possibilidade de processar e julgar civis, vem tendo sua competência diminuída desde os anos 80 diante do fato de algumas matérias, como os casos envolvendo a Lei de Controle de Armas e a Lei Antiterrorista, passaram à jurisdição ordinária e, mais recentemente, em 2010, foi excluída da jurisdição militar chilena a possibilidade, em qualquer hipótese, de julgar civis⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ “a) se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la Jurisdicción Militar (art. 139, inc. 1). Esto significa que el fuero castrense no podrá integrarse al Poder Judicial, ni a título de excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado com el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción o ‘comisiones especiales’ (art. 139, inc.3).

b) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la Jurisdicción Militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional en los casos de cometer delitos de función (art. 173). Se deslinda así a jurisdicción civil u ordinaria de la Militar. Visto así las cosas, El Poder Judicial no podrá juzgar al personal profesional de las armas (militares y policías).

c) Los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tienen su propio ‘fuero’ (art. 173), pero se rigen por la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar.

d) Si bien es cierto que se afirma el principio de que los civiles no están sometidos a la Jurisdicción Militar, se admiten las siguientes excepciones: i) Cuando exista acusación de terrorismo; ii) Cuando exista acusación de traición a la patria; iii) Cuando se infrinja la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio.

e) Lo resuelto por el Fuero Militar no puede ser revisado (casado) por la judicatura ordinaria salvo cuando la máxima instancia de la milícia – el consejo Supremo de Justicia Militar imponha la pena de muerte” (MANCHEGO, José F. Palomino. La unidad de jurisdicción en el Perú (a propósito de la justicia militar). In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenario da Justiça Militar no Brasil* – Coletânea de Estudos Jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 77-78).

⁶⁹⁶ O Juiz-Auditor tem poderes investigativos, processa e propõe as sentenças (Ibidem, p. 81).

⁶⁹⁷ CÁCERES, Waldo Martínez. A justiça Militar no Chile. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014, p. 88-89.

⁶⁹⁸ CÁCERES, Waldo Martínez. A justiça Militar no Chile. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014, p. 82-83.

Cabe ainda registrar a opção argentina por extinguir seus tribunais militares em tempo de paz transferindo à sua justiça federal a jurisdição sobre os crimes militares, operada pela Lei 26.394, em março de 2009. Remanesce, entretanto, a jurisdição militar em tempo de guerra que somente pode atuar em casos de guerra declarada ou de conflito armado, a partir do momento em que se dá o decreto de mobilização. Essa jurisdição, que é composta por Conselhos de Guerra Especiais que serão integrados exclusivamente por Oficiais Superiores e Auditores do Corpo de Comando com formação jurídica, tem a peculiaridade de não fazer coisa julgada de suas sentenças antes de encerrado o conflito armado⁶⁹⁹.

Outra, peculiaridade da lei 26.394, de março de 2009, foi reconhecer os “bandos” militares como instrumentos normativos com força de lei que vincula inclusive civis quando um determinado território estiver sob administração das Forças Armadas argentinas⁷⁰⁰.

4.1.3. A realidade brasileira

Se há alguma divergência no que tange a manutenção de um subsistema especial a fim de abordar os delitos militares, por outro lado, no que diz respeito à necessidade de uma reforma desse sistema observa-se que há unanimidade, não apenas no que diz respeito à necessária adequação do Código Penal Militar e de Processo Penal Militar à ordem constitucional de 1988 e aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, mas também no que diz respeito à sua atualização no que concerne às necessidades de emprego das Forças Armadas.

Se não há unanimidade no que diz respeito à necessidade de extinção da Justiça Militar da União no Brasil e há unanimidade no sentido de que haja uma reforma, as dissensões no sentido de como deve ser essa reforma são inúmeras.

Nesse diapasão, diante da recorrente omissão legislativa no que diz respeito à abordagem da matéria penal e processual penal militar, a jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, exerceu papel decisivo na integração do sistema repressivo castrense à nova ordem constitucional, com decisões que não raras vezes são dotadas de inegável ativismo judicial, sobre as quais podem ser traçadas algumas linhas norteadoras.

Quanto à definição de crime militar e, por conseguinte, da própria competência da Justiça Militar da União, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a interpretação do conceito de crime militar deve ser o mais restritiva possível, muito embora

⁶⁹⁹ Cf. Letra EBRAS. SIONA (AB) nº 1277/2017, da embaixada da argentina à Procuradoria Geral de Justiça Militar do Ministério Público da União.

⁷⁰⁰ Idem.

aceite a eventual submissão de civis à jurisdição castrense. Podem ser citados como exemplo os casos envolvendo a falsificação de Cadernetas de Inscrição e Registro (CIR)⁷⁰¹, alguns casos de crimes cometidos por militares contra militares sem o conhecimento dessa condição por parte do agente⁷⁰² etc.

Ao tratar de matéria penal propriamente dita, a interpretação do Excelso Pretório é, em geral, no sentido de que o princípio da especialidade se sobrepõe à lei penal comum, ainda que mais benéfica. Exemplo dessa tendência é o da impossibilidade da aplicação da Lei 11.343/2006 na seara militar⁷⁰³ e mesmo da disciplina do crime continuado do Código Penal Comum para o sistema penal militar⁷⁰⁴.

Por outro lado, no que diz respeito à matéria processual penal militar e de execuções penais, a tendência de seus julgados é no sentido de fazer incorporar ao processo penal militar as inovações da legislação processual penal e da lei de execuções penais à ritualística da Justiça Militar. Como exemplo, pode ser citado o caso da reforma do processo penal comum que transferiu o interrogatório para o final da instrução, em 2008, alteração essa transferida ao procedimento penal castrense por força de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*⁷⁰⁵.

Outra fonte de tensões no sentido de uma reforma do sistema processual castrense brasileiro são decorrentes do plano internacional. Observa-se, sobretudo de organismos internacionais ligados à defesa dos Direitos Humanos uma preocupação quanto à utilização do sistema repressivo castrense a fim de justificar violações de Direitos Humanos ou torná-las impunes. Nessa toada, as reiteradas decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, sobretudo no que diz respeito à submissão de civis à jurisdição castrense, é um dado que assume notável relevância⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ É o caso da Súmula vinculante nº 36, no sentido de que: “Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil”. E dos Habeas Corpus: HC 110237/PA; HC 109.544 MC/BA; HC 107.731/PE; HC 106.171/AM; HC 104.619/BA.

⁷⁰² Vide HC 120.179/GO; HC 103.812/SP e HC 99.541.

⁷⁰³ HC 103.684/DF; 119.458/AM; 107.469/PR; HC 107096/PR; HC 99585/SP; 94685/CE.

⁷⁰⁴ HC 86.854-1/SP.

⁷⁰⁵ HC 127.900/AM.

⁷⁰⁶ São exemplos os casos Incal, Gerger, Karatas e Ciraklar em que a jurisdição militar turca (sob a figura das Cortes de Segurança Nacional, compostas por um juiz militar e dois civis) ampliou seu âmbito de competência ao julgar diversos crimes consistentes na incitação ao ódio, ao separatismo e à violência e acabou por ser condenada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos; o caso Rosendo Radilla contra os Estados Unidos Mexicanos em que se condenou o México pelo fato de um tribunal composto somente por militares haver julgado um civil, etc (Cf. GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. A restrição à jurisdição militar nos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. *SUR – revista internacional de direitos humanos*, v. 7, n. 13, p. 75-97, dez. 2010).

Além disso, a própria ONU, através da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social, estabeleceu vinte princípios a serem observados a fim de que as Justiças Militares não sejam afrontosas aos Direitos Humanos. Em janeiro de 2006, a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas aprovou vinte princípios de Administração da Justiça Militar, que reforçam a ideia de que a competência dos órgãos de jurisdição militar deve ser específica para infrações cometidas por pessoal militar e no estrito âmbito castrense⁷⁰⁷. Seriam eles: 1. Os tribunais militares devem ser criados pela Constituição ou pela lei, devendo ser respeitado o princípio da Separação dos Poderes; 2. Devem ser respeitadas as normas e princípios reconhecidos em âmbito internacional em favor da garantia de um julgamento imparcial; 3. Em períodos de crise, a declaração de guerra ou o regime de exceção não devem afetar as garantias processuais; 4. Em período de conflito armado, os princípios do Direito Humanitário são inteiramente aplicáveis aos tribunais militares; 5. Os órgãos judiciais militares, por princípio, são incompetentes para julgar civis; 6. A objeção de consciência deve ser objeto de análise de um tribunal civil que ofereça as garantias de um procedimento justo, qualquer que seja a situação do militar; 7. Os tribunais militares são incompetentes para o julgamento de menores de 18 anos e devem observar as “Regras de Pequim”; 8. A competência das cortes deve estar limitada às infrações exclusivamente castrenses praticadas pelo pessoal militar; 9. A competência dos órgãos judiciais militares no que diz respeito ao julgamento de graves violações de direitos humanos deve ser declinada em favor de tribunais ordinários; 10. O segredo militar poderá ser invocado somente sob a supervisão de órgãos independentes de controle, quando estritamente necessário para a proteção de informação relativa à defesa nacional; 11. As prisões militares devem ser compatíveis com o disposto nas normas internacionais; 12. Toda pessoa privada de sua liberdade terá direito a interpor *habeas corpus* a um tribunal; 13. A legislação processual penal militar deve garantir que os indivíduos sejam julgados por tribunais competentes, independentes e imparciais; 14. Os atos processuais, via de regra, serão públicos, devendo os atos praticados a portas fechadas serem excepcionais e precedidos de decisão específica e recorrível; 15. Deve ser garantido plenamente o direito de defesa e a um julgamento justo e imparcial; 16. Não se pode denegar às vítimas o acesso à tutela judicial, incluídas as diligências de investigação; 17. Nos casos em que existam órgãos judiciais militares, sua competência deve estar limitada à primeira

⁷⁰⁷ Cf. PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. O civil na jurisdição penal militar brasileira. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014, p. 155. No mesmo sentido, MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael. Los límites de la Jurisdicción Militar. In: OLARTE ENCABO, Sofía (dir.); ORZA LINARES, Ramón María (coord.). *Estudios sobre derecho militar y defensa*. Navarra: Thomson Reuter Aranzadi, 2015, p. 323-327.

instância; 18. Não se poderá invocar a obediência para exonerar um militar da responsabilidade penal individual em graves violações de direitos humanos; 19. Os códigos penais militares devem acompanhar a evolução do direito internacional no sentido da abolição progressiva da pena de morte em tempo de paz ou de guerra; 20. Os códigos penais e processuais penais militares devem ser submetidos a revisões periódicas e sistemáticas, conduzidas de forma transparente e independente⁷⁰⁸.

Nesse diapasão, importantes são as considerações de Maria Zilah Fadul Calado Petersen no sentido de que a Justiça Militar da União se encontra inadequada a esses princípios na medida em que a jurisdição militar deveria estar adstrita aos crimes estritamente funcionais, que não deveria se ocupar de infrações cometidas por civis e que não deveria ter uma segunda instância⁷⁰⁹.

De outro lado, apresenta-se déficit legislativo no que diz respeito à recepção pelo Estado Brasileiro do Tribunal Penal Internacional que, ao nosso entender, no que concerne aos crimes de guerra e à responsabilidade do comandante, se está diante de matéria alusiva ao Direito Penal Militar. Nessa esteira, aponta Carlos Frederico de Oliveira Pereira que o Direito Penal Militar brasileiro é extremamente lacunoso no que diz respeito aos dispositivos previstos no Estatuto de Roma, principalmente tendo em vista que não há sequer um capítulo do Código Penal Militar a tratar dos crimes de guerra que são violações às Convenções de Genebra datadas ainda de fins da Segunda Guerra Mundial e, também, não se encontra adaptado a punir, no plano interno, a responsabilidade do comandante, prevista no artigo 28 do referido Estatuto⁷¹⁰, sendo imperiosa sua implementação no plano interno do ordenamento jurídico brasileiro.

Mas os vetores modificadores do sistema de direito penal militar não são apenas jurídicos. A realidade social tem sido o dado mais relevante a influenciar a reforma do sistema, principalmente no que diz respeito às novas modalidades de emprego das Forças Armadas e a Revolução em Assuntos Militares.

⁷⁰⁸ PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. O civil na jurisdição penal militar brasileira. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014, p. 173-176.

⁷⁰⁹ Ibidem, p. 178. Nessa esteira, defende José Afonso da Silva que a Constituição da República Federativa do Brasil deveria ter feito expressa vedação à submissão de civis à jurisdição militar à exemplo da Constituição de 1891 (AFONSO DA SILVA, José. Notícia sobre a jurisdição militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 72), mas não o fez. Trata-se, ao nosso entender, de silêncio eloquente do Poder Constituinte Originário brasileiro.

⁷¹⁰ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: a responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 237.

Diante de tal quadro, as alterações legislativas de relevo em matéria penal e processual penal militar que, desde a Constituição se resumiam a alteração do procedimento do crime de deserção⁷¹¹, alterações no artigo 9º a fim de excluir da competência da Justiça Militar casos de crimes dolosos contra a vida de civis⁷¹², a nova lei de Organização da Justiça Militar⁷¹³ e a Lei complementar 97/99, começam a ganhar maior celeridade e atenção no Congresso Nacional.

Nesse contexto, tramitam no Congresso Nacional cerca de 90 (noventa) processos legislativos, entre projetos de Emendas Constitucionais e Projetos de Lei, no sentido de alterar o ordenamento jurídico interno no que diz respeito ao Direito Penal Militar, Processo Penal Militar ou mesmo à estrutura da Justiça Militar da União⁷¹⁴. Dentre eles, destacam-se o projeto de reforma da Lei de Organização Judiciária Militar⁷¹⁵, os projetos de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal Militar⁷¹⁶, o projeto de implementação do Estatuto de Roma⁷¹⁷, que dentre as inúmeras modificações que pretendem apresentar ao sistema penal militar, ao nosso sentir, as principais seriam a tipificação dos crimes de guerra e a submissão do julgamento de civis que eventualmente praticarem crimes militares ao juízo monocrático do Juiz-Auditor, que passaria a ser denominado Juiz Federal da Justiça Militar.

Recentemente, no dia 13 de outubro de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.491 que modificou o artigo 9º do Código Penal Militar e, por conseguinte, a própria definição de crime militar no Brasil, bem como a extensão da competência da Justiça Militar da União⁷¹⁸.

⁷¹¹ Lei 8.236/1991.

⁷¹² Lei 9.299/1996.

⁷¹³ Lei 8.457/1992.

⁷¹⁴ Dados de relatório da Assessoria Parlamentar da Procuradoria Geral do Ministério Público Militar.

⁷¹⁵ Projeto de Lei nº 7683/2014.

⁷¹⁶ Projeto de Lei nº 2014/2003.

⁷¹⁷ Projeto de Lei nº 4038/2008.

⁷¹⁸ Segundo dispõe o artigo 1º da referida Lei o “art. 9º do Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

.....

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.”

Tal alteração legislativa tem trazido perplexidade ao meio jurídico, havendo aqueles que a criticam e aqueles que a defendam.

Dentre aqueles que a criticam, podemos citar Aury Lopes Jr., que entende que além de ser um retrocesso que vai de encontro aos Direitos Humanos é uma má medida em termos de administração da Justiça, pois, além de trazer à competência da Justiça Militar da União o julgamento dos crimes de homicídio praticados por militares quando praticados no contexto do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e dos diplomas legais pertinentes, impõem um excesso de feitos para os quais as Justiças Militares da União e dos Estados não estariam preparadas, tendo em vista ter ampliado a competência para julgar crimes não previstos no CPM⁷¹⁹.

Em sentido contrário, defendendo a propositura legislativa de sua autoria, Raul Jungmann assevera ser constitucional a novel legislação que vem corrigir uma “flagrante injustiça” ocasionada pela aprovação do Projeto Hélio Bicudo em razão do clamor popular decorrente do massacre da Candelária, que teve a participação de policiais militares do Rio de Janeiro, trazendo novamente a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra vida cometidos por militares contra civis quando em missão para a competência da Justiça Militar, retornando à tradição jurídica brasileira. Na concepção do Ministro da Defesa, retirar da competência da Justiça comum o julgamento de tais crimes visa evitar o desconhecimento do órgão julgador das peculiaridades das atividades e atos no exercício das missões de caráter militar⁷²⁰.

Ora, a atual alteração legislativa, que já sofre impugnação perante o Supremo Tribunal Federal através da ADI 5.804, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo – ADEPESP, muito embora não seja inconstitucional e não seja afrontosa aos Direitos Humanos, padece de vícios de técnica legislativa que ainda trarão grandes discussões hermenêuticas as quais levarão, ainda, algum tempo até serem pacificadas⁷²¹.

⁷¹⁹ LOPES JR., Aury Lopes. Limite penal: Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Conjur*, 20.10.2017.

⁷²⁰ JUNGSMANN, Raul. *Medida corrige erro de origem que renovou regra de um século*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/10/1931007-medida-corrige-erro-de-origem-que-revogou-regra-de-um-seculo.shtml>, Acesso em 10 de janeiro de 2018.

⁷²¹ Em 02 de janeiro de 2018, a Uol Notícias, publicou reportagem em que informa que a Lei 13.491/2017 tem causado conflito entre as Polícias Civil e Militar no Estado de São Paulo, no que concerne as atribuições das

Com efeito, tem razão Auri Lopes Jr., quando afirma que a alteração no inciso II do artigo 9º, que inseriu o texto “e na legislação penal”, estendeu o conceito de crime militar impróprio de forma bastante abrangente, abarcando não apenas os crimes militares impróprios previstos no Código Penal Militar, mas qualquer crime previsto na legislação penal comum, desde que preenchidos os critérios *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* e *ratione temporis*, tais como previstos no inciso II do mesmo artigo 9º.

Tal modificação no texto legal tem por principal objetivo corrigir constante descompasso entre a legislação penal e a realidade social que é ainda maior no que tange à

investigações. Segundo a reportagem, a Polícia Civil estaria colocando em dúvidas a isenção da Polícia Militar para investigar os fatos relativos à atuação da própria corporação. Num determinado caso concreto a Polícia Militar teria assumido a investigação da morte de um suspeito por um PM, em 14 dezembro de 2017 (<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/...cito-a-investigar-crimes-e-acirra-animos-com-policia-civil>. HTM, 02/01/2018, 13:24). Muito interessantes são os comentários dos leitores a respeito da referente matéria, no sentido de que tal postura da Polícia Civil não seria mais do que decorrente de uma fogueira de vaidades e no sentido de que, se a Polícia Militar não teria isenção para investigar os supostos crimes praticados quando em sua atuação, a Polícia Civil também não o teria quanto aos seus próprios e, nem por isso, a Polícia Militar os deveria investigar. A fala do povo traduz uma conclusão óbvia, enquanto os órgãos de persecução penal se digladiam quanto as suas prerrogativas e vaidades institucionais, a sociedade está preocupada com a eficiência na prestação da atividade policial, na efetiva apuração e punição dos eventuais crimes, não importa qual seja a instituição que a realize. Aliás, salutar recordar que o fato de um crime comum ser investigado pela Polícia Militar não anula a investigação. Aliás, nada obsta que polícia civil e militar instaurem duas investigações sobre o mesmo fato. O que a Constituição veda é o processo e julgamento por Juiz absolutamente incompetente. No caso da investigação, encerrada essa, será o Judiciário que dirá ser o crime militar, ou não, como aliás, se depreende da lição de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Temos também que os inquéritos policiais militares, conhecidos pela sigra IPM. Tais inquéritos nada mais são que investigações levadas a cabo pelas autoridades militares para apurar a existência de crime da alçada da Justiça Militar e suas respectivas autoridades. Entretanto, se ao fim das investigações a autoridade competente entender tratar-se de infração da competência da Justiça Comum, remeter-lhos-á e, se for o caso, o órgão do Ministério Público oferecerá denúncia embasando nas informações colhidas naquele inquérito policial-militar”(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Vol.1, 34 ed. São Paulo, 2012, p. 232-233). Tal realidade vale tanto para as investigações criminais realizadas no âmbito das polícias civis e militares estaduais quanto para a polícia federal e as Forças Armadas. Discussão interessante, entretanto, se dá quanto a atuação da prisão em flagrante. A prisão em flagrante, consoante determinam os artigos 301 do Código de Processo Penal e 243 do Código de Processo Penal Militar, pode ser realizada por qualquer do povo e deve ser realizada pelas autoridades policiais e militares, quaisquer que sejam os crimes. Discussão haverá, entretanto, se o crime for manifestamente comum. Nesse caso, estabelece o CPPM que se a “autoridade militar ou judiciária verificar a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, relaxará a prisão. Em se tratando de infração penal comum, remeterá o preso à autoridade civil competente”. Assim, firmou-se entendimento no sentido de que se a autoridade militar vislumbrar a flagrância de infração penal comum, deverá conduzi-la ao Delegado de Polícia, Estadual ou Federal, mais próximo para que lavre o auto de prisão em flagrante. Tal situação tem gerado diversos inconvenientes, dentre os quais a insegurança jurídica, para os Militares das Forças Armadas, especialmente da Força Terrestre, no contexto das Operações de Garantia da Lei e da Ordem e policiamento de fronteira, sobretudo na Amazônia, onde as delegacias mais próximas ficam a dias de barco dos locais onde são presos os infratores. Em nosso entender, nada obstará e seria bastante salutar, que no bojo dessa reforma que se inicia a fim de harmonizar o sistema penal militar brasileiro às novas realidades de emprego das Forças Armadas, fosse realizada alteração legislativa no sentido de dar, com clareza, poder à Autoridade de Polícia Judiciária Militar, no contexto dessas operações e, em situações nas quais seja extremamente dificultoso apresentar o criminoso comum à autoridade policial civil mais próxima, também lavrar o auto de prisão em flagrante e realizar a colheita dos elementos de convicção da prática do ato criminoso mais urgentes, sob a condição, de imediata ciência da Autoridade Judicial e encaminhamento do preso, o quanto antes, a audiência de custódia.

legislação penal castrense, sempre esquecida pelo Legislador quando é realizada uma alteração legislativa.

Será possível, a partir de agora, tutelar de forma mais efetiva os bens jurídicos de interesse militar, tendo em vista que poderão ser punidas condutas como o assédio sexual, que merece maior atenção tendo em vista o ingresso das mulheres nas Forças Armadas; crimes da lei de licitações, que na maioria das vezes eram apenas tipificados como estelionato e peculato, quando não tinham a competência declinada à justiça comum; crime de quadrilha ou bando e de associação criminosa etc.

Certo é que algumas modalidades, como o próprio crime de homicídio, crimes de tortura e crime de abuso de autoridade deverão ter maior atenção do intérprete e talvez um melhor esclarecimento da opinião pública e dos organismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, haja vista que, em razão da composição dos tribunais militares, sempre paira certa desconfiança quanto à sua legitimidade.

Antes de mais nada, há de se ressaltar que não é, de plano, de se excluir a interpretação no sentido da formação de um Júri na própria Justiça Militar da União, como quer fazer interpretar a entrevista do Sr. Ministro Raul Jungmann quando assevera que os militares não serão submetidos ao Tribunal do Júri quando estiverem na hipótese do § 2º do art. 9º do CPM⁷²². Muito embora não seja a melhor interpretação e mais condizente com a finalidade da norma, criada justamente para dar maiores subsídios ao julgar-se o crime de homicídio praticado em missões nas quais as Forças Armadas são empregadas em tempo de paz, pode surgir, diante da manutenção do parágrafo primeiro do mesmo artigo, no sentido de que os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis serão da competência do Tribunal do Júri, e da própria garantia constitucional do Tribunal do Júri, a interpretação de que deverá se formar um júri sob a presidência do Juiz-Auditor na Justiça Militar⁷²³. Não é a melhor interpretação, repete-se, mas é possível diante da péssima técnica legislativa.

O melhor sentido da norma é aquele que diferencia as atribuições entre a atividade corriqueira das Polícias Militares e aquelas em que são empregadas Forças Armadas em razão

⁷²² “(...) 4. Os militares não serão julgados pelo Tribunal do Júri, como os cidadãos o são. Mais um equívoco. O julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Júri não constitui uma regra absoluta e admite exceções, a exemplo dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Poder Legislativo. O julgamento do militar pela Justiça comum ou pelo Júri tem o risco do desconhecimento das peculiaridades de suas atividades e atos no exercício da missão” (JUNGMANN, Raul. *Medida corrige erro de origem que revogou regra de um século*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/10/1931007-medida-corrige-erro-de-origem-que-revogou-regra-de-um-seculo.shtml>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

⁷²³ Ainda quando da vigência da antiga redação do art. 9º do CPM, conforme a Lei 9.299/96, sustentava esse entendimento Marcello Streifinger, no contexto da Justiça Militar do Estado (STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. In: RAMOS, Dirceu Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 893-915).

de determinação do Presidente da República ou do Ministro da Defesa, em situação que envolver a própria segurança das Instituições Militares, compreendidos aí, sobretudo, os aquartelamentos, seus segredos e potencial bélico; e, quando estas estiverem sendo empregadas em quaisquer atividades de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, como as de policiamento da faixa de fronteira, “tiro de abate”, policiamento marítimo, fluvial e lacustre, bem como apoio à Justiça Eleitoral. Ou seja, morto um civil intencionalmente por um policial militar no exercício de atividade, a competência será do Tribunal do Júri da Justiça Estadual a que pertencer, e o crime será artificialmente considerado comum. Morto um civil por um militar das Forças Armadas naquelas situações previstas § 2º do artigo 9º do Código Penal Militar, o crime será considerado crime militar e será julgado pelo Conselho Permanente de Justiça se o militar for praça ou pelo Conselho Especial de Justiça, se oficial. Dessa forma, o órgão julgador estaria mais apto a analisar questões relativas ao emprego e à missão do militar envolvido como o “uso progressivo da força”, necessidade militar e proporcionalidade, sobre as quais discorreremos mais adiante.

Quanto à submissão do julgamento dos casos dos crimes de tortura e abuso de autoridade e mesmo quanto ao julgamento de civis pela Justiça Militar, que aumentaria consideravelmente a jurisdição especializada e colocaria em cheque a compatibilidade da novel legislação com a Constituição e com o apregoado pelas organizações de defesa dos direitos humanos, entende-se aqui que não há razão para tanta perplexidade.

É salutar esclarecer que as Justiças Militares brasileiras, tanto da Justiça Militar da União quanto as Justiças Militares estaduais, tem peculiaridades que a fazem diferentes da maior parte das Justiças Militares no mundo. Enquanto a maior parte das justiças militares não são propriamente “justiças”, mas parte do Poder Executivo, as Justiças Militares do Brasil integram o Poder Judiciário da União e dos Estados Federados do Brasil⁷²⁴, sendo organizadas e administradas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados. A única peculiaridade que as fazem diferenciadas dos demais ramos do Poder

⁷²⁴ Para José F. Palomino Manchego afirmar que a jurisdição militar pertence ao Poder Judicial significa afirmar que esta respeita as garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e unidade jurisdicional (cf. MANCHEGO, José F. Palomino. La unidad de jurisdicción en el Perú (a propósito de la justicia militar). In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentário da Justiça Militar no Brasil* – Coletânea de Estudos Jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 78). De outra banda, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez adverte que em um sistema constitucional em que se respeita a separação dos Poderes o Poder Judiciário exercerá a função jurisdicional com uma reserva de jurisdição que teria três características: a) exercício excludente; b) interdição de interferências e; c) soberania das decisões (RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. La jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución. In: GARCÍA LOZANO, Carlos (dir.). *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 18). A todos esses princípios e características a Jurisdição Militar brasileira respeita.

judiciário é a existência do escabinato, pelo qual são sorteados, dentre os membros das Forças militares, juízes para compor conselhos em conjunto com um juiz togado que ingressou na carreira através de concurso público de provas e títulos que está sob as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade⁷²⁵ e irredutibilidade de vencimentos⁷²⁶.

Além disso, imperioso destacar que funciona perante a Justiça Militar o Ministério Público Militar, quadro de membros destacados do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, todos compostos por civis, que não sofrem interferência dos Comandos das Forças Armadas ou das Polícias Militares e, tampouco, do Poder Executivo, que se limita a escolher em lista tríplice e nomear após sabatina o seu Procurador Geral. O Ministério Público Militar, além de exercer a função de *dominus litis* no sistema acusatório, tem a atribuição de ser o fiscal da atividade de polícia judiciária militar, funcionando como importante ator na garantia e persecução de eventuais violações dos direitos humanos.

Há de se ressaltar, ainda, que muito embora a Justiça Militar da União e as Justiças Militares dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuam duplo grau de jurisdição, o que seria desaconselhado pelos princípios elencados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, os Juízes dos seus Tribunais (STM, TJMSP, TJMMG e TJMRS), muito embora alguns sejam oriundos das Forças Armadas e das Corporações Militares Estaduais e ainda permaneçam na ativa, todos eles são membros do Poder Judiciário, vitalícios, inamovíveis e têm a garantia da irredutibilidade de vencimentos a partir do momento em que são investidos em seus cargos, não tendo qualquer submissão à força da qual pertencem, devendo apenas cumprir as normas e preceitos militares, haja vista que permanecem na ativa⁷²⁷. Além disso, é salutar recordar que, de uma forma ou de outra, há

⁷²⁵ Tal garantia, na Jurisdição Militar, tem certa flexibilidade quando em tempo de guerra, haja vista que é característica da Jurisdição Militar ser itinerante e pode ser necessário que o Juiz-Auditor acompanhe a tropa em caso de nomeação pelo Presidente da República (Art. 92, da Lei 8.457/1992).

⁷²⁶ Nesse passo, salienta o Ministro Aposentado do Superior Tribunal Militar Almirante Marcos Augusto Leal de Azevedo que, muito embora componham os colegiados da Justiça Militar da União militares da ativa, nunca percebeu, em sua carreira, pelo menos no que concerne à Marinha do Brasil qualquer interferência nos julgamentos em que participou (AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. *A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil*" in: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 82).

⁷²⁷ Importante ressaltar que os Ministros Militares do Superior Tribunal Militar e os Desembargadores Militares dos Tribunais de Justiça Militares dos Estados não estão submetidos ao Presidente da República, aos Governadores, e, muito menos, aos Ministros da Defesa, Secretários de Segurança Pública e os Comandantes das Forças Armadas e das corporações, são todos militares da ativa e do mais alto posto da carreira, mas não são subordinados à precedência hierárquica que os referidos órgãos do Executivo teriam se estivessem na ativa em postos das Forças e de suas corporações. O fato de estarem na ativa os Ministros Militares do Superior Tribunal Militar serve para conservar a relação hierárquica para com os militares por eles julgados e para fins administrativos e previdenciários, fato que já foi objeto de crítica. Na Espanha, procurou-se evitar críticas no

sempre a possibilidade de os acórdãos e decisões dos órgãos de cúpulas das Justiças Militares da União e Estaduais serem revisados por um tribunal composto apenas por civis, como é o caso do Supremo Tribunal Federal com relação aos julgados do Superior Tribunal Militar e do Superior Tribunal de Justiça com relação aos tribunais de justiça militar dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Sendo assim, por mais que seja possível eventual influência do Executivo brasileiro em algum julgamento de abuso de autoridade ou de tortura cometido por militares das Forças Armadas ou mesmo das polícias militares, eventuais possibilidades de tomadas de decisões corporativas estariam sempre sob a fiscalização de civis todos independentes e garantidos pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, quer do Ministério Público Militar, quer da Magistratura Militar e dos Tribunais Superiores, não havendo razão para duvidar da sua legitimidade.

Deve-se ainda ressaltar que a alteração legislativa promovida pela Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, diante da análise dos projetos de reforma que estão em curso no Congresso Nacional, não pode ser vista como um fato isolado, vez que é apenas o primeiro passo para um processo de reforma do sistema penal castrense que se encontra em curso.

Assim, a fim de dar maior legitimidade ao julgamento de civis pela Justiça Militar da União, o seu projeto de lei, em trâmite sob o nº 7683/2014, prevê que será da competência monocrática do Juiz-Auditor, que será denominado Juiz Federal da Justiça Militar, o julgamento de civis por crimes militares, o que esvaziaria as críticas quanto à submissão de civis à Justiça Militar, pois submetidos a um juiz que, embora especializado em direito militar, foi investido, como todos os juízes de primeira instância do país, através de concurso público de provas e títulos e está garantido pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, sendo assim, a princípio, imparcial⁷²⁸. Dessa forma, nada

sentido de intervenção do Executivo na Justiça Militar determinando que, na Sala Quinta do Tribunal Supremo (órgão de Cúpula do Poder Judiciário Espanhol), quatro de seus magistrados sejam militares de carreira que, no entanto, no momento em que são investidos em seus cargos de juízes, perdem sua condição de militares da ativa, o que lhes daria maior isenção (Cf. RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. La jurisdicción militar en el art. 117.5 de la constitución. In: GARCÍA LOZANO, Carlos. *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 39).

⁷²⁸ Já tivemos a oportunidade de discorrer sobre o tema em artigo em que nos colocamos em sentido contrário a referida solução legislativa. Pelo menos em parte. Firmamos entendimento no sentido de que, pelo menos naqueles casos em que houvesse concurso de agentes, envolvendo sujeitos ativos civis e militares que o julgamento seja feito todo pelos Conselhos, sem que haja separação dos processos. Em nossa opinião, nos referidos casos, a não participação dos juízes militares enfraquece a discussão sobre questões como a adequação social da conduta, a delimitação do risco permitido, necessidade militar, proporcionalidade etc. Para uma análise mais aprofundada do tema vide: LACAVA FILHO, Nelson. Da aferição da tipicidade objetiva dos crimes militares: uma defesa da continuidade do julgamento pelo escabinado nos crimes militares cometidos por civis em concurso com militares. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília/DF n. 24, ano XXXIX, p. 189-204, nov. 2014.

obsta que o processamento e julgamento dos crimes de abuso de autoridade e de tortura sejam colocados sob a competência do juízo monocrático, assim como o julgamento dos civis.

Não vê, além disso, que haja ilegitimidade no julgamento dos crimes de homicídio, tortura e abuso de autoridade, que constituiriam, em tese, “graves violações de direitos humanos”, e a submissão de civis à Jurisdição Militar Brasileira por, teoricamente, contrariar os Tratados de Direitos Humanos e os julgamentos das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois a jurisdição militar brasileira é diferente das demais “jurisdições” militares do resto do mundo, que são compostas por Cortes Marciais. Como bem asseveram Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas:

No Brasil, a Justiça Militar da União tem previsão constitucional dentro do poder judiciário, assim sendo, qualquer pessoa a ela submetida será ouvida por juiz ou tribunal competente, estabelecido anteriormente, sendo independente e imparcial como parte do Poder Judiciário e será processada pelo Ministério Público Militar, composto por membros do Ministério Público da União, todos civis, vitalícios e com ingresso mediante concurso público de provas e títulos. (...) O processo penal brasileiro, além do que foi dito acima, faz instrução e julgamento públicos, observando as garantias individuais previstas na Constituição e em tratados. (...) É justamente a inobservância do princípio da publicidade, de garantias e independência para juízes e promotores e de garantias individuais em alguns países que embasa certos entendimentos. Mas o Brasil não está entre eles. Desta forma, manifestações como as do Conselho Econômico Social das Nações Unidas de 2006, da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a Turquia, da Corte Interamericana e da Comissão de Direitos do Homem e dos Povos Africanos não possuem qualquer sentido se aplicadas ao Brasil. Vale dizer, inclusive, que a Justiça Militar da União, além de observar direitos e garantias, é extremamente branda com réus civis, havendo inúmeras absolvições, quase todas com penas fixadas no mínimo legal e que, mesmo durante o regime militar, mostrou independência, com várias decisões contrárias ao governo, sendo a primeira Justiça do Brasil a conceder liminar em *habeas corpus* e, quando foram proibidos, as petições, que surtiam o mesmo efeito. E nunca devemos olvidar que as decisões do próprio STM estão sujeitas à revisão pelo STF e frequentemente são levadas àquela Suprema Corte, até porque para a defesa é um trâmite com poucas restrições, ao contrário de recursos do Ministério Público na área penal⁷²⁹.

Assim, fato é que aqueles que defendem a ilegitimidade do sistema penal militar brasileiro o fazem mais por preconceito e desconhecimento que propriamente por razões concretas. As questões envolvendo a legitimidade de sua existência e funcionamento são bastante complexas, uma vez que não é possível aplicar as mesmas decisões, normas e princípios aplicados em outras jurisdições militares pelo mundo.

Nessa esteira, em que pesem consagrados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU os vinte princípios para as justiças militares, não têm força de lei, nem o Estado

⁷²⁹ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo, Método, 2015, p. 75-76.

Brasileiro os assumiu como tratados, não havendo, necessariamente, de serem observados pelo Brasil. São apenas uma recomendação, apontando um rumo a seguir.

A existência de um sistema jurídico especial para tratar dos crimes militares e sua persecução é, além de legítimo, um diferencial de nosso ordenamento jurídico que, bem utilizado, pode servir como instrumento auxiliar na proteção dos Direitos Humanos.

Nesse diapasão, é sempre salutar recordar que, não obstante as normas de Direito Penal Militar a princípio tenham sido criadas como auxiliares da imposição dos regulamentos impostos pelos comandantes a fim de obter sucesso nas missões em combate, são verdadeiros limites à atuação dos maus militares e tem como objetivo punir aqueles que as infringem. Ou seja, a princípio, servem para punir o mau soldado, que é um agente do Estado, e não o mau cidadão.

Ora, de forma diferente da interpretação do senso comum, o sistema criminal militar serve muito mais de instrumento limitador e dissuasório de arbitrariedades do Estado que sistema de regalias para uma casta de pessoas, na medida em que, a princípio, deveria punir com mais severidade e celeridade a prática dos crimes militares.

Num momento em que se chega até a se defender o denominado Direito Penal do Inimigo, em que o Estado faz uso não só da Polícia Militar, mas também das próprias Forças Armadas em sua política de Segurança Pública, a defesa, principalmente por setores acadêmicos ligados à proteção de Direitos Humanos, da extinção do sistema criminal militar em tempo de paz, é verdadeiro contrassenso que apenas se justifica em razão de preconceitos e falta de informação.

Com efeito, no que diz respeito às normas de direito penal militar material, parece óbvio que a sua existência é legítima, visto que, mesmo nos sistemas em que não há códigos especiais sobre a matéria há pelo menos legislações específicas sobre os crimes militares, ainda que bastante simplificadas.

Entretanto, dada a gênese e os princípios do Direito Penal Militar, a existência de um sistema criminal militar não só se justifica mas é um diferencial em termos de legitimidade e eficiência, sobretudo quando este é analisado sob o prisma dos instrumentos de interpretação criados pela dogmática penal que ainda não foram bem assimilados no Brasil, como as teorias da adequação social, da imputação objetiva e o denominado Sistema de Direito Penal Integral, bem como do próprio Direito Internacional dos Conflitos Armados e do Direito Internacional

Humanitário como os conceitos de necessidade militar e proporcionalidade no uso da força⁷³⁰.

Com efeito, a existência de uma Justiça Especializada que tem a figura do escabinato, formada pela conjunção de um juiz togado e de juízes militares como sua principal característica, auxilia na apreensão do que seria o socialmente adequado, na delimitação do risco permitido ou, ainda, na própria construção do conceito material de crime militar, tendo em vista que possibilita ao sistema jurídico estar aberto às verdades argumentativas próprias da sociedade da caserna. Tal estrutura é muito mais condigna com o agir comunicativo que a composta tão somente pelo juiz monocrático.

Para além das questões de direito, há de se levar em conta que uma suposta tentativa de extinção da Justiça Militar passa ainda por outro entrave de natureza política. É dado relevante que na maioria dos países em que houve a extinção da justiça castrense, extinguiu-se também o Serviço Militar Obrigatório⁷³¹, tendo as atividades militares passado a ser exercidas tão somente por militares profissionais. Esta não é uma opção do Estado Brasileiro, pelo menos em curto espaço de tempo, haja vista que é um país de proporções continentais e com graves desigualdades sociais e regionais, sendo necessário para a “formação de reservas destinadas a atender às necessidades relacionadas com a defesa nacional, em caso de mobilização”⁷³².

No Brasil, além de ser uma opção do Poder Constituinte Originário, o Serviço Militar Obrigatório constitui política pública de integração social e da defesa soberania da Pátria, haja vista que ao mesmo tempo que cria reservas para uma eventual mobilização introduz na mente de cidadãos das mais diversas classes sociais e nos mais diversos cenários da multifacetada sociedade no território brasileiro os valores do civismo e do amor à Pátria. Assim, não só possibilita a inclusão social de grande número de jovens cujas famílias têm baixa renda, mas contribui para que nos mais recônditos rincões de seu território comunidades do mais variado espectro multicultural permaneçam aliadas na defesa da soberania⁷³³.

⁷³⁰ Sobre o uso das categorias da necessidade militar e uso proporcional da força no combate ao terrorismo vide: RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 335-385.

⁷³¹ O Serviço Militar Obrigatório, segundo a lição de Jorge Luiz Nogueira de Abreu, “consiste no exercício de atividades específicas, desempenhadas nas Forças Armadas, e compreenderá, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional. Os brasileiros prestarão o serviço militar incorporados em organizações militares da ativa ou matriculados em órgãos de formação de reserva” (ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 181).

⁷³² Ibidem, p. 181.

⁷³³ Dessa forma, o serviço militar inicial obrigatório que “tem por finalidade a formação de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas, no que se refere aos encargos relacionados com a defesa

Dada a sua realidade social, econômica, territorial e de fronteiras o Estado Brasileiro não pode prescindir e não está preparado para a extinção do Serviço Militar Obrigatório.

Dado que a necessidade de celeridade nos julgamentos é potencializada em razão da curta duração do Serviço Militar Obrigatório, o sistema criminal militar não pode prescindir da especialização de sua justiça haja vista que, levadas as causas criminais militares aos outros ramos do Poder Judiciário, de forma inquestionável, a aplicação das sanções criminais não seria realizada em prazo razoável.

Por essas razões, a existência de um sistema penal militar autônomo no Brasil, além de legítima, parece necessária. Ver-se-á em que termos.

4.2. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL E AS REFORMAS

A partir do momento que se tem como legítima a autonomia do sistema de direito penal militar, cumpre estabelecer em que bases este se colocaria como legítimo tanto no que diz respeito à realidade em que está afeto, quanto no que diz respeito aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Assim, no que diz respeito às garantias constitucionais que se impõem ao âmbito penal e ao processual penal, o sistema repressivo castrense, salvo raros dispositivos em desuso das codificações brasileiras, encontra-se adequado e foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, bem como aos princípios de respeito aos direitos humanos estabelecidos pela Sociedade Internacional⁷³⁴.

nacional, em caso de mobilização” (ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 181), já instituído pela primeira Constituição Brasileira, em 1924, constituindo-se um espaço de integração entre todos os grupos sociais brasileiros e suas Forças Armadas, vem enfatizando seu papel social na última década conforme expresso no *Livro Branco de Defesa Nacional*, ao se discorrer a respeito do Projeto Soldado Cidadão: “O projeto se destina a qualificar social e profissionalmente os recrutas que prestam o serviço militar, complementando sua formação cívica cidadã e facilitando seu ingresso no mercado de trabalho. A iniciativa existe desde 2004 e abrange todo o território nacional, já tendo beneficiado mais de 100 mil jovens. Os cursos, ministrados por instituições de reconhecida competência, incluem noções básicas de empreendedorismo, ética e cidadania. São oferecidos de acordo com a demanda do mercado de trabalho regional, levando em conta a preferência do jovem. Priorizam-se, entre outras, as seguintes áreas de formação: telecomunicações, mecânica, alimentação, construção civil, artes gráficas, confecção, têxtil, eletricidade, comércio, comunicação, transportes, informática e saúde. Em torno de 67% dos jovens inscritos no Projeto obtêm colocação profissional ao concluir o serviço militar” (BRASIL. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012, p. 170).

⁷³⁴ Nesse diapasão, é corrente que os dispositivos referentes à menoridade (arts. 50, 51 e 52) e à pena indeterminada (art. 78) do Código Penal Militar não foram recepcionados pela Constituição de 1988 (cf. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo*. 3. ed. Belo Horizonte: Líder, 2014, p. 115-122 e p. 178-/172; no mesmo sentido: ASSIS, Jorge Cesar. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 251-257 e p.317-318).

No plano histórico, pode-se afirmar que o Brasil, muito embora tenha passado, como outros países, por regimes ditatoriais, desde o início do século XX, mesmo com alguns retrocessos decorrentes justamente desses regimes, apresenta diferencial em relação aos demais países do mundo que é o de ter não apenas uma Justiça Militar integrada ao Poder Judiciário – e não ao executivo – como a maioria das outras nações, e um órgão de acusação independente e especializado que é o Ministério Público Militar.

Nesse contexto, como salientado no capítulo anterior, as Justiças militares brasileiras, no que pertine aos vinte princípios estabelecidos pela Comissão de Direitos Humanos da ONU para a administração das justiças militares, que, frize-se, não possuem força normativa, estaria em déficit apenas em três deles, o que não seria justificativa para entender a organização judiciária brasileira como ilegítima, mesmo porque muitos outros países, por vezes considerados até mais democráticos que o Brasil, não possuem o mesmo grau de evolução e mesmo de preocupação com suas justiças, como é o caso, por exemplo, dos próprios Estados Unidos da América, da Inglaterra, da Espanha etc.

Nesse diapasão, entende-se que o principal vetor de preocupações com os novos rumos do sistema repressivo castrense deve se dirigir aos novos empregos das Forças Armadas, visto que a razão de existência do Direito Penal Militar é justamente dar reforço às finalidades das Forças Armadas e, num segundo momento, harmonizá-lo com os tratados de direito humanos e de direito humanitário⁷³⁵. Nesse diapasão, o respeito aos direitos humanos e ao direito humanitário, transmuda-se também em importante “arma de guerra” visto que qualquer atuação das Forças Armadas de qualquer país no atual cenário mundial já se encontrará fulminada de pronto pela opinião pública se for em desrespeito a tais regras, o que constitui catástrofe política para qualquer país e, por que não, uma derrota militar, visto que a guerra, conforme dizia Clausewitz, é a continuação da política por outros meios. Isso, porque, sobretudo nos dias atuais, “guerra” e política interagem de forma intrínseca, sendo que a política influi mais na “guerra” que, propriamente, a “guerra” influi na política⁷³⁶.

Como já se teve oportunidade de salientar, princípios penais como o da legalidade, taxatividade, anterioridade da lei penal, exclusiva proteção a bens jurídicos etc.,

⁷³⁵ Que também é um dos vinte princípios “*Decaux*”. O referido nome é uma homenagem ao Sr. Emmanuel Decaux, Relator Especial da Subcomissão de Promoção de Direitos Humanos das Nações Unidas (Cf. AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. *A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil*” in: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 83).

⁷³⁶ Vide o exemplo histórico da “Guerra do Vietnã”, em que a tática de guerrilha dos vietnamitas, que impôs maior demora nos combates e maior número de baixas entre os soldados americanos, criou um cenário favorável para que movimentos pacifistas eclodissem e se perpetuassem nos Estados Unidos, impondo a saída da referida potência do conflito e modificações no que diz respeito à forma de recrutamento de suas Forças Armadas.

individualização e humanidade das penas, em que pese com suas peculiaridades, estão harmonizados ao Direito Penal castrense.

Na mesma esteira, no âmbito processual, não se pode negar que os princípios do *due process of law*, da ampla defesa, do contraditório, do *nemo tenetur detegere* etc., são rigorosamente respeitados.

Pensando, sob esse aspecto, num raciocínio mais simplista, a legitimação do Direito Penal Militar se daria ao aproximar cada vez mais o sistema repressivo militar ao sistema repressivo comum, como tem ocorrido, no Brasil, desde o início do século XX, como movimentos pendulares de avanços e retrocessos.

Mas isso não ocorre na realidade. Uma leitura mais aprofundada da Constituição da República quanto à matéria impõe reconhecer que já o texto constitucional faz diferenciação entre crime militar e crime comum e que é flagrantemente contrária à Constituição a tentativa por parte do Legislador no sentido de fazerem iguais os referidos conceitos, devendo prevalecer o princípio da especialidade. Observa-se, assim, de antemão, que o Poder Constituinte Originário entendeu por bem, seguindo tradição constitucional brasileira, reservar aos crimes militares definidos em lei todo um ramo do Poder Judiciário e expressamente fez exceções quanto a eles ao tratar de algumas garantias constitucionais individuais previstas no artigo 5º da Constituição da República⁷³⁷.

Com efeito, as missões estabelecidas pela Constituição para as Forças Armadas impõem, principalmente aos militares, uma relação especial de sujeição que limita em alguns aspectos o próprio exercício dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, na qual, não só o sistema disciplinar militar, mas também o sistema criminal militar, servem de severo regime de reforço⁷³⁸. É certo que a antijuridicidade afeta à seara castrense, ou seja, os bens jurídicos que devem ser tutelados por um sistema de Direito Penal militar, dado o reflexo de seu desrespeito à estabilidade social estabelecem aspectos diferenciais que justificam uma legislação penal militar autônoma, seja no modelo adotado no Brasil, de códigos autônomos, seja no modelo tradicional, dos chamados códigos de justiça militar.

Importa, nesse contexto, citar apenas alguns traços diferenciadores principais. A começar com a aplicação da lei penal militar no espaço e no tempo.

⁷³⁷ Nessa esteira, sem falar na possibilidade de se valer da pena de morte quando em tempo de guerra declarada (inciso XLVII, alínea a)), que tem estrita relação aos crimes militares, mas de acordo com a letra fria do texto constitucional não necessariamente se restringe a eles, reconheceu a existência de crimes como propriamente militares ao estabelecer no artigo 5º, inc. LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei”.

⁷³⁸ Cf. FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministério de Defesa, 2015, p. 148.

No Direito Penal Militar, em grau bem mais elevado que no Direito Penal comum, está envolvido o núcleo duro da soberania⁷³⁹. Por isso, o princípio da territorialidade⁷⁴⁰ é aplicado em conjunto com o princípio da extraterritorialidade. Vale a ideia de que o “soldado leva o código penal militar em sua mochila”, ou seja, cometendo crime militar em missão em país estrangeiro, a persecução penal do militar brasileiro fica a cargo do Estado Brasileiro que se arvora ao direito de puni-lo, mesmo havendo sido o crime cometido além-fronteiras⁷⁴¹.

Ou seja, o soldado representa o Estado brasileiro quando no exercício de sua atividade militar e, por isso, afrontaria a soberania do Brasil vê-lo punido por outro Estado, mesmo que o crime por ele praticado o seja em outro território.

Cabe fazer aqui, ainda, uma advertência. O princípio da extraterritorialidade, em razão do mesmo princípio da Soberania, cede, caso em convenções, tratados e regras de Direito Internacional de cooperação militar com outros Estados, o Estado Brasileiro pactuar que não submeterá o agente que praticar o crime militar. Tal exceção encontra-se prevista no art. 7º do Código Penal Militar Brasileiro, e embora não tenha sido comumente usada pelo Brasil nas

⁷³⁹ Cf. MANACORDA, Stefano. La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 91.

⁷⁴⁰ A princípio, no Direito Penal comum o princípio da territorialidade é o princípio, por excelência de aplicação da lei penal, sendo a aplicação extraterritorial o *ius puniendi* justificada pelos seguintes princípios:

- a) Princípio da personalidade, pelo qual se impõe a punição do agente em razão da sua nacionalidade, pouco importando o local que tenha sido praticado o crime, justificando-se a incidência da norma penal em razão da necessidade de que seja preservada a fidelidade do cidadão à lei de seu País - tal princípio se dividiria em personalidade ativa e passiva na medida em que somente o autor, ou autor e vítima, respectivamente, sejam nacionais da lei penal violada;
- b) Princípio da defesa (ou proteção real), em razão do qual sobrepõe-se a condição do Estado como titular de um bem jurídico violado por conduta ilícita, seja quem for o agente ou qualquer que seja o local do crime;
- c) Princípio da justiça universal (ou cosmopolita), que parte do pressuposto de que, em razão de ser o crime um mal universal, todo Estado pode arrogar-se ao direito de puni-lo, independente de quem seja o agente, o local em que se deu sua prática ou o bem jurídico ofendido ou colocado em risco;
- d) Princípio da representação, que determina a aplicação subsidiária da lei penal por um Estado quando outro não o faz por não considerar determinada conduta como criminosa ou não tiver interesse em punir (cf. SARAIVA, Alexandre. *Código Penal Militar – comentado artigo por artigo: parte geral*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2014, p. 41).

⁷⁴¹ Nesse sentido, explicitando que o Direito Penal Militar, por conta de sua relação com a soberania, incide não apenas no território em sentido estrito ou ficto, Alexandre José de Barros Leal Saraiva preleciona: “Todavia, não é apenas no território nacional (estrito ou ficto) que a lei penal militar encontra guarida! Ao lado do princípio da territorialidade o legislador prevê a incidência das normas do CPM os crimes cometidos no exterior (princípio da extraterritorialidade); afinal, trata-se de direito penal especial marcado ‘geneticamente’ pelos movimentos das tropas além-fronteiras. (...) Porém, enquanto no Direito Penal comum reina discussão sobre quais teorias ou critérios legitimada uma das hipóteses de aplicação extraterritorial da lei penal (art7º, incisos I e II, do CP), o Direito Penal Militar não há espaço para nenhuma controvérsia, pois, como dito é da própria natureza do jus bellum sua aplicação extraterritorial, sob o manto solitário e suficiente do Princípio da Soberania (p. Defesa), isto é, a peregrinação das Forças Armadas e os interesses das Instituições Militares (aqui ou alheres) representam a própria soberania do Estado, merecendo, portanto, a máxima e onipresente tutela legal” (Ibidem, p.41-42).

Operações de Paz nas quais tem participado, tem sido corriqueira em outros Estados, sobretudo naqueles que têm contribuído com suas tropas para a OTAN⁷⁴².

Desse fato, estabelece-se outra importante constatação: a estreita relação do Direito Penal Militar para com o Direito Internacional Público, denominado na Antiguidade de Direito das Gentes, ou *ius gentium*. Se existe no direito penal comum uma relação de reciprocidade entre o Direito Internacional Público e Direito Penal, em que cada vez mais se busca a harmonização de seus institutos no sentido de uma colaboração internacional contra o crime que, cada vez mais, globaliza-se, havendo uma dupla via em que há uma internacionalização do Direito Penal e uma penalização do Direito Internacional⁷⁴³, ela se faz cada vez mais intensa entre o Direito Penal Militar e o Direito Internacional Público, sobretudo quando, além das costumeiras formas de emprego das Forças Armadas, o poderio bélico dos Estados passa a ser utilizado, muitas vezes em conjunto, na “guerra” contra ilícitos penais de repercussão internacional como o terrorismo e tráfico de drogas e em Operações Conjuntas, sejam em decorrência de Mandado da ONU ou em decorrência de outras organizações de cooperação militar internacional como a OTAN.

Nesse diapasão, importante ressaltar uma preocupação atualíssima na Europa, sobre a qual se aprofundará no tópico posterior: há de se ressaltar que muitos doutrinadores, sobretudo diante do compromisso dos países europeus em tornar efetiva a persecução penal dos crimes de Genocídio, principalmente, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, vem defendendo uma harmonização dos sistemas europeus de direito penal e processual penal com vistas a criar uma legislação comum que sirva aos tratados de cooperação policial e judicial já entabulados entre eles, na União Europeia⁷⁴⁴.

⁷⁴² Nesse sentido, Sylvain Fournier, em interessante artigo, comenta a peculiaridade de, nas ações militares conjuntas entre Estados, ser cada vez mais recorrente a negociação a respeito de como se dará a investigação, o processo, o julgamento e a punição dos crimes praticados em território ocupado pelos militares de forças aliadas, sobretudo as pertencentes à OTAN. Regras de engajamento e tratados de aliança são instrumentos jurídicos cada vez mais utilizados afim de estabelecer a jurisdição, haja vista que os militares que participam ativamente das missões, salvo quando na qualidade de observadores, não possuem imunidade diplomática e os Estados, sobretudo aqueles que têm seu território ocupado, quer a favor quer contra sua vontade, não tem interesse de prescindir de sua jurisdição, estabelecendo-se, muitas vezes, o fenômeno da jurisdição concorrente (Cf. FOURNIER, Sylvain. NATO military interventions abroad: how roe are adoptec and jurisdictional rights negotiated. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in internacional military interventions*. Cuenca: Ediciones Catilla-La Mancha, 2009, p. 113/122).

⁷⁴³ Cf. DELMAS-MARTY, Mirelle. Le Droit Pénal comme éthique de la mondialisation. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 26.

⁷⁴⁴ BIA, Maria Teresa. European police and judicial cooperation in criminal matters and the crime of genocide. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 450.

Com relação à aplicação da lei penal no tempo, já se teve oportunidade de reforçar a grande diferenciação entre o tempo de guerra e o tempo de paz, que traz efeitos jurídicos bastante diversos, principalmente no que diz respeito às penas decorrentes dos crimes militares e a extensão da jurisdição militar. Com a evolução do combate moderno e os novos empregos das Forças Armadas, entretanto, vê-se essa diferenciação cada vez mais ser colocada em segundo plano, ainda mais quando o Direito Internacional dos Conflitos Armados e o Direito Internacional Humanitário passam, em razão do desuso dos Estados, em declarar formalmente a guerra a fim de não se configurar o crime de agressão – ou pelo menos a pecha de tê-lo praticado -, a utilizar o conceito “Conflito Armado”, estabelecido no artigo 3º comum das Convenções de Genebra, para definir os critérios para sua incidência.

Nesse diapasão, a dicotomia tempo de guerra, tempo de paz, passa cada vez mais a ser vista com desconfiança e como ineficaz para estabelecer critérios norteadores de um moderno sistema de direito penal militar, tendo em vista que o Direito Penal em Tempo de Guerra, a princípio, seria inaplicável nas hipóteses em curso e o Direito Penal em tempo de paz estaria aquém, em termos de reforço do sistema valorativo militar das Forças Armadas, nas novas formas de emprego que, cada vez mais, se demonstram como de efetivo combate.

A título de exemplo, podemos citar a insegurança italiana quanto a que direito aplicar quando de suas operações no exterior, principalmente no Iraque e no Afeganistão, já citados anteriormente nesse trabalho e a admissão do conceito “conflito armado” pelo código penal militar espanhol, recentemente publicado, em 2015⁷⁴⁵.

De mais a mais, parece que, se quanto à legitimidade da existência da Justiça Militar em tempo de paz e sua conformidade com os princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito e o Direito Internacional dos Direitos Humanos há entendimentos contrários, no que tange à Jurisdição Penal Militar em tempo de Guerra não são observadas as mesmas críticas. Mesmo entre aqueles que são contrários à submissão dos civis ao foro militar em tempo de paz, não se observa protestos de maior envergadura em sentido contrário em tempo de guerra⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ Cf. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier; JUANES PECES, Ángel; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Jose Luis. *El Código Penal Militar de 2015: reflexiones y comentarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017, p. 151.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, vide BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, Justiça e Processo Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 15, 1º vol. Também SILVA, José Afonso da. Notícia sobre a jurisdição militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 60-72). Haveria, em princípio, duas justificativas para a extensão da jurisdição militar aos crimes comuns e a submissão inclusive de civis em tempo de guerra, principalmente no teatro de operações. A primeira, de origem jusfilosófica é no sentido de que quando em guerra total vale o princípio da Nação em Armas e todo cidadão transmuda-se em soldado. A segunda, é de ordem prática, nos territórios ocupados e no

O grande questionamento quanto ao “tempo de guerra”, atualmente, além do desuso na declaração formal da guerra, é a sua principal consequência, qual seja, a aplicação da pena de morte, que muitos Estados ainda mantêm, muito embora haja verdadeira campanha no sentido de sua extinção, inclusive em tempo de guerra⁷⁴⁷.

Não é objeto da presente tese o referido tema, que estenderia demasiado o presente trabalho, fugindo do seu foco principal, mas é necessário aqui fazer um parêntese a fim de recordar o fato, já noticiado no capítulo anterior, de que diversos países a aboliram, inclusive em tempo de guerra. Ocorre, entretanto, que o fato de a extinguirem não significa que, caso efetivamente entrem em guerra formalmente declarada, não a instituem novamente⁷⁴⁸.

Certo é que o referido tema, por mais que a pena de morte seja, em tempo de guerra e de paz, tachada de desumana, é extremamente complexo, pois, como adverte Stefano

teatro de operações é sempre bastante difícil o exercício ordinário da jurisdição, a manutenção da ordem tanto na caserna, quanto entre as populações locais, depende do regime disciplinar e do exercício da Jurisdição dos Conselhos de Guerra, sendo inviável remeter os jurisdicionados a tribunais civis. Nesse contexto, há de se ter bastante atenção quanto a outro instituto do Direito Militar que são os “bandos militares”, que na lição de Jorge Alberto Romeiro nada mais são que “(...) editos ou proclamações com força de lei, emanadas pelos Comandantes Supremos das Forças Armadas de um país em guerra, a fim de integrarem as leis penais processuais penais bélicas vigentes, modifica-las ou ditá-las ex novo, quando as circunstâncias particulares do front o exigirem (corrigendi, supplendi adiuvandi causa)”. (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18). Segundo o referido autor, o referido instituto, contudo, nunca foi acolhido em nosso direito penal militar.

⁷⁴⁷ Nesse sentido Santiago Mir Puig faz verdadeira apologia em defesa da abolição da pena de morte em tempo de guerra: “*Muchos autores que se declaran decididos abolicionistas durante la paz, admiten la necesidad del castigo supremo en tempo de guerra. Se argumenta a menudo que otras penas, como las privativas de libertad, podrían llegar a suponer un privilegio en cuanto evitarían el peligro de morir por efecto de las armas enemigas. Frente a ello cabe oponer lo siguiente: un ejército no debería basar su funcionamiento en la mera intimidación de sus soldados. Es razonable suponer que en caso de guerra lícita (una agresión militar grave y manifiesta), el pueblo acudiría a la defensa del país sin necesidad de la amenaza de la pena de muerte. Para la mayoría bastaría, sin duda, la flerte presión social que en tales casos se produce, confirmada por una pena grave de privación de libertad – cuya duración puede ser mucho más larga que la de la guerra - . Si ello no fuera suficiente y la desertión se generalizasse hasta el punto de comprometer la eficacia del ejército, seguramente habría que cuestionar si existe un grado bastante de aceptación popular de la guerra. Por otra parte, una cosa es que el Estado lleve a sus hombres a acciones militares arriesgadas, lícitas si son necesarias para la defensa, y otra, muy distinta, que él mismo prive friamente de la vida a sus ciudadanos. Los argumentos relacionados com la exigência de humanidade que se oponen a la pena de muerte en um Estado social y democrático de Derecho respetuosos de la dignidade de todos los hombres, han de valer también en caso de guerra, si es que ésta no há de ser sólo eficaz, sino también justa. Si la pena de muerte es inhumana, no dejará de serlo porque tenga lugar en tiempo de guerra*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009, p. 677).

⁷⁴⁸ Esse fato pode ser observado na história de Portugal que, em 1911, observou uma reforma da legislação militar que, além de aprovar um Código de Processo Criminal Militar, extinguiu a pena de morte e a pena de reclusão, substituiu a pena de despromoção pela de expulsão, e incluiu oito atenuantes além das já previstas na legislação anterior. Com a entrada de Portugal na 1ª Guerra Mundial, em 1916, a própria Constituição Portuguesa foi alterada, reintroduzindo a pena de morte, embora limitada à sua aplicação somente em caso de guerra com um país estrangeiro e apenas no teatro de operações (cf. ANDRADE, Luís Filipe. O julgamento dos crimes militares em Portugal. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014, p. 278). Em 1977, após a aprovação da Constituição da República Portuguesa, aprovou-se um Código de Justiça Militar que manteve o foro militar e, restringindo-o apenas aos crimes essencialmente militares, extinguiu a pena de morte (cf. VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007, p. 34).

Manacorda, muito embora por proposta da Suécia, em maio de 2002, tenha sido aprovada modificação no Convênio Europeu de Direitos Humanos no sentido de aboli-la também em tempo de guerra, essa questão está afeta ao núcleo duro da Soberania e, por essa razão, sofre bastantes dificuldades, como a ameaça de alguns Estados membros de restabelecê-la, os convênios de cooperação policial e judicial na persecução de crimes transnacionais como o terrorismo, não estando pacificada⁷⁴⁹.

Ainda no que diz respeito à teoria da norma penal militar, há de se tomar atenção quanto à relevância da legislação administrativa militar e dos tratados de cooperação militares como fontes integradoras do Direito Penal Militar. Nesse diapasão, documentos como “regras de engajamento”, “tratados de aliança”, “acordos de força”, “ordem de operações”, além de servir como fonte probatória, têm valor jurídico relevante no que diz respeito à incidência da lei penal, sobretudo quando as tropas estão empregadas⁷⁵⁰.

A discussão a respeito dos sujeitos do crime militar é bastante tormentosa. O sujeito passivo é sempre o Estado, muito embora principalmente nos crimes impropriamente militares possam aparecer outros sujeitos passivos dada a característica de serem os crimes militares na sua maioria pluriofensivos.

Como se discorreu anteriormente, nos crimes militares há uma especial relação de sujeição do sujeito ativo do crime que impõe um recrudescimento da proteção penal a determinados bens jurídicos especialmente caros à manutenção da paz social, haja vista que o Direito Penal Militar, bem como o sistema disciplinar militar, são instrumentos de auxílio às Forças Armadas no cumprimento de suas missões constitucionais. Assim, a norma penal

⁷⁴⁹ Segundo o referido autor, a maior prova de que a abolição da pena de morte em tempo de guerra no mundo não esta estabilizada foi a execução de Saddam Hussein (cf. MANACORDA, Stefano. La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 87-95).

⁷⁵⁰ Nesse sentido, Carlos Frederico Cinelli aponta que “A ordem de operações é um documento de Estado. Em caso de persecução criminal, ela será uma das primeiras provas materiais a serem examinadas. É preciso então que contenha realmente o que interessa e precisa ser enfatizado, mas cujo conteúdo não seja tão sintético a ponto de deixar dúvidas quanto a questões elementares sobre o DIH. A antiga conotação de uma ordem de operações sob a forma de romance, cuja única destinação futura seria o museu histórico da unidade, aparentemente está superada nos conflitos modernos, agora sob o manto jurídico do Tribunal internacional”. (CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 276). Sobre as regras de engajamento, os tratados de aliança e os pactos de força, vide: PIERINI, Jean Paul. Rules of engagement, status of forces agreements and criminal law: different approaches as to the legal base of the conflict of jurisdiction in respect of foreign friendly fire. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 123-161. O referido autor examina a importância de tais conceitos em relação à aplicação da lei penal militar sob o prisma da sua diferente natureza e forma de utilização entre os países pertencente à tradição jurídica da *civil law* e da *common law*. Ressalta que essa diferenciação vai ter reflexo na forma como os Estados envolvidos, sobretudo em operações militares conjuntas vai ter reflexo no exercício da jurisdição.

militar não se dirige apenas aos militares, mas à sociedade como um todo, podendo incidir, por vezes, a princípio, até mesmo quanto a civis, pois é inerente ao próprio Estado se autopreservar. Isso pode ser constatado a partir da própria história e do fato de haver a expansão do sistema nos momentos de crise, como os de Guerra e o Estado de Sítio.

Nesse diapasão, a Constituição da República ao adotar o critério *ex vi legis* para conceituação do crime militar, no que concerne aos crimes militares sob jurisdição da Justiça Militar da União, não fez qualquer exceção quanto à incidência da norma penal militar quanto aos civis, seja em tempo de Paz, seja em tempo de Guerra, ao contrário do que preceituava a Constituição Republicana de 1891 e do que preceitua a Constituição da República no que tange à competência da jurisdição militar estadual⁷⁵¹.

Entende-se, assim, tratar-se de silêncio eloquente do Poder Constituinte Originário. Dá-se ao Congresso Nacional a liberdade para tratar da matéria da forma mais dinâmica possível, conforme as necessidades de proteção do próprio Estado Democrático de Direito, tendo como perspectiva as Forças Armadas no mister de garantir a Soberania da Pátria, núcleo duro de manutenção do próprio Sistema Constitucional. Nessa esteira, importante ressaltar que as instituições militares estaduais não mereceriam o mesmo nível de proteção haja vista que sua missão está atrelada à Segurança Pública⁷⁵².

⁷⁵¹ José Afonso da Silva, discorrendo sobre a jurisdição militar no Brasil esclarece que a Constituição do Império, em que pese disponibilizasse seis artigos às Forças Armadas não tratava da Justiça Militar e apenas previa que os militares somente seriam privados de suas patentes por sentença proferida pelo Tribunal competente. Assevera que a Constituição de 1891, entretanto, em seu artigo 77, explicitamente, que os civis estariam excluídos da Jurisdição Militar. A exclusão dos civis da jurisdição militar era festejada, segundo o referido constitucionalista, por juristas de renome como João Barbalho e Rui Barbosa, sendo referendada pela própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar. Ocorre, entretanto, que a Constituição de 1934, nos artigos 84 a 87, estabeleceu que os militares e as pessoas a eles assemelhadas teriam foro especial nos delitos militares e que este foro fosse estendido aos civis, nos casos expressos em lei, no que tange aos crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares, disposições que permaneceram intocáveis também nas Constituições de 1937 e 1946. Ressalta, ainda, que em 1947 e 1949, o Supremo Tribunal Federal (espectivamente nos Conflitos de Jurisdição 1.692, de São Paulo, e no Conflito de Jurisdição 1.752) tentou ainda dar interpretações restritivas à extensão da jurisdição militar a civis, mas que a constituição de 1967, novamente referendou a competência da jurisdição militar para o julgamento dos civis não apenas nos crimes contra a segurança externa do país, mas também nos crimes contra a segurança nacional, e as instituições militares, atenuando o rigor apenas pelo fato de, em contrapartida ao fato de dar ao STM a competência para julgar os Governadores de Estado e seus Secretários naqueles crimes, possibilitar o recurso ordinário diretamente ao Supremo das decisões dos Conselhos nos demais casos. Na constituição de 1969, excluiu-se a possibilidade de recurso ordinário diretamente ao Supremo, o que impôs a submissão dos civis inteiramente à submissão da jurisdição militar. Hoje, na Constituição Cidadã, não há referência aos civis ou assemelhados, como nas constituições anteriores, mas a constituição dá inteiramente ao legislador a liberdade no sentido de estender ou não, e em que termos, a jurisdição militar aos civis, o que, no entendimento do referido autor é um aspecto negativo (SILVA, José Afonso da. Notícia sobre a jurisdição militar no Brasil. In: AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil” in: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*: Coletânea de Estudos Jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 60-72).

⁷⁵² A Constituição da República adotou quanto à jurisdição militar estadual a conjunção dos critérios *ratione materiae* e *ratione personae*, como se depreende do disposto no § 4º do seu artigo 125, contrario sensu: “*Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as*

No que concerne à teoria do crime há, também, traços diferenciadores que merecem destaque.

Pode-se principiar pelas causas que excluem o crime, mesmo porque se tratará da tipicidade e imputação no tópico seguinte, quando se abordará o Tribunal Penal Internacional e Operações de Paz, pois há estrita relação entre esse assunto e as regras de Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional Penal.

É certo que o regime jurídico que envolve os militares impõe-lhes deveres que determinam restrições no exercício de alguns direitos fundamentais em uma relação especial de sujeição em razão da peculiaridade e importância das missões extremas atribuídas às Forças Armadas, como já se teve oportunidade de enfatizar por mais de uma vez.

Assim, restrições que seriam inconcebíveis à vida cotidiana de um cidadão comum são deveres inerentes à vida na caserna como, por exemplo, a possibilidade de punição disciplinar em razão da falta de higiene, por deixar a barba por fazer no caso dos homens, ou deixar os cabelos soltos para as mulheres etc.

Dentre os principais deveres dos militares, que têm reflexo direto no núcleo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, está o dever de arrostar o perigo, ou seja, em razão do dever de proteger a Pátria, no caso dos militares das Forças Armadas, ou em razão do dever de defender a segurança dos cidadãos, o militar tem o dever de enfrentar situações que causem risco à sua integridade física, às vezes, com o prejuízo da própria vida. Ou seja, ao militar é negado expressar por sua conduta o medo, sendo-lhe dever a coragem. Esse é dever de todo militar, desde o recruta até o Marechal⁷⁵³.

Nessa esteira, pertence ao núcleo clássico do Direito Penal Militar, desde tempos imemoriais, a previsão do crime de covardia, que é simplesmente o militar “*subtrair-se ou tentar subtrair-se o militar, por temor, em presença do inimigo ao cumprimento do dever militar*”⁷⁵⁴.

Quanto maior o grau hierárquico, maiores as responsabilidades e os deveres, recrudescendo a disciplina e a necessidade de autocontrole do militar, cabendo ao comandante, além do dever de coragem, devido a qualquer militar, o dever de eficiência da tropa, que deve estar apta a qualquer momento a cumprir as missões de seu mister constitucional. Se assim não o fizer, poderá estar incurso em uma série de crimes como, por

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”.

⁷⁵³ Esta é a patente reservada ao mais alto posto hierárquico do Exército Brasileiro, somente atribuída aos Generalatos em tempo de guerra.

⁷⁵⁴ Art. 363 do CPM.

exemplo, descumprimento de missão, que pode ser cometido por qualquer militar que deixa de desempenhar a missão que lhe é confiada, e os crimes de omissão de eficiência da força, omissão de providências para evitar danos, omissão de providência para salvar comandados e omissão de socorro⁷⁵⁵, todos crimes próprios de comandante⁷⁵⁶.

Nesse diapasão, no que tange ao aspecto da ilicitude, no crime militar há um elemento especial do injusto que justifica um tratamento diverso que os crimes comuns, muitas vezes mais rigoroso, como já se teve oportunidade de afirmar no item 3.1. Sendo assim, há nos ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles que ainda admitem a dicotomia Direito Penal comum e Direito Penal Militar, alguns institutos diferenciadores.

No Brasil, por exemplo, além das quatro causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal comum, o Código Penal Militar, por influência do Código Militar de Paz italiano, adota uma quinta, que entre eles é denominada *casi particular di necessità militari*⁷⁵⁷.

Trata-se da causa especial de exclusão do crime na qual o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque, é excludente de crime específica do direito militar⁷⁵⁸.

Muito embora, em alguns países como a Espanha não haja previsão legal dessa hipótese e essa seja tratada no âmbito do estrito cumprimento dever legal⁷⁵⁹, é flagrante a sua dessemelhança com as demais causas de exclusão da ilicitude e mesmo da culpabilidade, por não cumprir nenhum dos requisitos para que essas estejam configuradas⁷⁶⁰, sendo uma

⁷⁵⁵ Respectivamente, arts. 198, 199, 200 e 201, todos do CPM.

⁷⁵⁶ Ou seja, que só admitem o Comandante como sujeito ativo da conduta.

⁷⁵⁷ Cf. FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilicitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

⁷⁵⁸ Tem previsão expressa no artigo 42, parágrafo único, do Código Penal Militar.

⁷⁵⁹ JUANES PECES, Ángel. Las causas de justificación en el Derecho Penal Militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (dir.). *Derecho Penal Militar Cuestiones Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 162-163.

⁷⁶⁰ Nesse sentido, Telma Angelica Figueiredo explicita uma a uma as diferenças entre as causas de exclusão de ilicitude do Direito Penal comum e as do Direito Penal Militar, em que pese longa a citação, merece aqui ser transcrita nas palavras da autora, em razão da importância do tema: “A causa de exclusão de ilicitude da conduta do comandante de navio, aeronave ou praça de guerra não se confunde com as demais causas de justificação, apesar de conter alguns requisitos comuns. Se confrontada com o estado de necessidade, observar-se-á que ambas preveem a existência do perigo. No estado de necessidade, o agente não pode ter provocado o perigo, enquanto o comandante, por algum ato, pode tê-lo causado, e, mesmo assim, estará acobertado pela excludente do parágrafo único do art. 42 do Código Penal Militar, desde que imprescindível à execução de serviços ou manobras urgentes. No estado de necessidade, obriga-se ao agente a escolha de meios menos danosos para salvar o bem jurídico; já ao comandante não se lhe determina que os meios violentos denotem a última *ratio* para compelir os subalternos, ao contrário, os meios violentos constituem o tipo. Não se discute, na excludente especial do comandante, o balanceamento dos bens, como no estado de necessidade, pois a conduta visa à

garantia conferida pela lei ao comandante que, a fim de manter o seu comando e os bens jurídicos a ele confiados, está obrigado a ser o último a abandonar a unidade militar, ou seja, desempenhar o comando em detrimento da própria vida⁷⁶¹.

Ainda no âmbito das causas de exclusão da ilicitude, não obstante a legislação pátria não faça diferenciação entre as demais causas de exclusão do Código Penal Comum e do Código Penal Militar, exceto no que tange ao Estado de Necessidade para o qual o Código Penal Militar adotou teoria diferenciadora em contrapartida ao Código Penal Comum que adotou a teoria unitária, há que se fazer algumas considerações quanto algumas peculiaridades no trato com as excludentes da legítima defesa e do estrito dever legal decorrente de ordem não manifestamente criminosa.

proteção de bens altamente valorados para as forças armadas: a unidade militar, as vidas humanas, a prevenção da prática de delitos graves, do ponto de vista disciplina militar – rendição, revolta e saque – e o evitamento de estados de espírito – desânimo, terror - , incompatíveis com a vida da caserna, capazes de levar à prática de crimes graves. Outra diferença entre as duas excludentes encontra-se no sujeito passivo: no estado de necessidade pode existir um único sujeito passivo, um único direito sacrificado, enquanto o comandante compele subordinados e não um único subordinado, atingindo pluralidade de direitos, desde que as circunstâncias do perigo, da calamidade, ou das ações dos comandados exijam. Distinção essencial entre excludente da ação do comandante e o estado de necessidade constitui-se pelo fato de nunca o comandante praticar violência contra os subordinados, para preservação de um direito seu. O propósito consiste sempre na execução de serviços e manobras urgentes, iminência de perigo ou calamidade, no impedimento de comissão de delitos pelos inferiores, na difusão de desânimo, desordem ou terror na tropa, na perda da unidade militar, ou no salvamento de vidas. Dessemelhança fundamental entre essas causas de justificação reside na questão de o comandante nunca se achar, quando no exercício específico de sua função de comando, em um estado de necessidade, pois as leis, os regulamentos lhe determinam a obrigação de arrostar o perigo, hipótese expressamente afastada da causa de exclusão de ilicitude do estado de necessidade. Se comparada a excludente especial do comandante com a legítima defesa, verifica-se que ambas não se confundem. A legítima defesa pressupõe a existência de uma agressão anterior à legitimidade da reação do agredido, exigindo-se, como requisito fundamental, a moderação dos meios de defesa. Ao comandante, não se requer uma agressão prévia à conduta justificada, nem se limitam os meios violentos com os quais deve agir, ante a urgência da situação em que se encontra. A ação do comandante, quando acolhida a excludente de ilicitude, realiza-se para defender direito de outrem, nunca o seu próprio. Se cotejada a causa de justificação do comandante do navio, aeronave ou praça de guerra com o estrito cumprimento do dever legal, depreender-se-á que apresentam semelhanças e diversidades. Em ambos, o agente é sempre um funcionário, em exercício de uma função, a qual lhe obriga a cumprir um dever imposto por lei ou regulamento. Diferenciam-se, primordialmente, quanto ao uso de armas: no estrito cumprimento do dever legal, seu emprego tem escopo de reprimir violência, resistência à ordem da autoridade, ou em função de segurança, preservação e vigilância da sociedade (obrigar a não agir); na excludente especial, a utilização de armas pelo comandante, compele os subordinados à prática de serviços ou manobras urgentes (obriga a agir), com o fim de não causar dano à unidade militar, ou a morte de colegas. No estrito cumprimento do dever legal, tal qual no estado de necessidade, pode existir um único sujeito passivo; na excludente especial, o comandante faz cumprir a ordem por uma pluralidade de sujeitos passivos; no estrito cumprimento do dever legal, o agente pode impedir a prática de qualquer crime, enquanto o comandante só pode compelir os subordinados, por meios violentos, se pretender afastar, especificamente, o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. O sujeito ativo, na excludente especial, é o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra; no cumprimento do dever legal, pode ser qualquer agente do poder público, no exercício de sua função. A excludente especial do comandante se compara à do exercício regular do direito, inferir-se-á que o comandante age por obrigação legal, ao passo que, no exercício regular do direito, o agente segundo sua vontade, por fundamentar-se em uma faculdade de agir” (FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilícitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 125).

⁷⁶¹ Ibidem, p. 114.

Quanto à legítima defesa, é importante ressaltar que a legislação italiana faz diferenciação quanto à necessidade de proporcionalidade entre os meios empregados para evitar a agressão injusta, exigindo-a quanto aos militares e não a exige quanto aos civis que, por outro lado, não estão obrigados a enfrentar o perigo, enquanto os militares estão⁷⁶².

No que diz respeito ao estrito cumprimento dever legal, no que tange ao cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, há que se considerar o que o sistema militar brasileiro não adota o sistema da “obediência cega”, mas sim o das “baionetas inteligentes”, como já se teve oportunidade de salientar, por mais de uma vez. Assim, o militar está isento de incorrer no crime de insubordinação no caso em que a ordem for manifestamente criminosa, sendo, nesse passo, a legislação penal militar mais benevolente com o militar subordinado que a comum – que exige do servidor público que distinga se a ordem é manifestamente ilegal -, em reforço à disciplina, a fim de que acate as ordens.

Entretanto, se a ordem for manifestamente criminosa o militar incorrerá em crime. Se tiver dúvidas quanto a ser crime ou não a ordem, deverá comunicá-la ao comandante. E, em caso desse a manter, não deverá cumpri-la, estando isento do crime de insubordinação. Tal orientação, aliás, é coerente com o que preconiza a jurisprudência das Cortes Penais Internacionais, que é pacífica no sentido de que nos crimes decorrentes de violações ao Direito de Genebra, não é dado alegar a excludente da obediência hierárquica, haja vista ser impossível alegar que tais práticas, sobretudo a de genocídio, não sejam manifestamente ilegais⁷⁶³.

⁷⁶² RIVELLO, Pier Paolo. *Lezioni di diritto penale militare*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 72-81.

⁷⁶³ Quanto ao assunto, Kai Ambos é categórico: “O direito de Genebra não exclui expressamente a possibilidade de uma isenção de punibilidade fundada no atuar em cumprimento de uma ordem. Uma proposta do ICRC neste sentido, baseada no direito de Nuremberg, não foi aceita. De todos modos, das disposições citadas se pode fundamentar o rechaço de uma isenção de punibilidade fundada no atuar em cumprimento de uma ordem. Por um lado, como já se há expressado, as disposições referidas a infrações graves (*grave breaches*) equiparam a emissão de uma ordem antijurídica com ação lesiva cometida de própria mão. Assim, pois, a ordem de cometer uma infração grave representa por si mesma uma infração grave no sentido do Direito de Genebra. Disso se segue não só a responsabilidade penal do superior, senão também a obrigação fundamental do subordinado de negar-se a cumprir uma ordem. O subordinado é responsável, como resulta do artigo 86 (2) PACG I, na mesma medida que o superior. Por outro lado, segundo o PACG I quem dá a ordem tem o dever de informar a seus subordinados acerca da situação jurídica. Em consequência, estes estão em condições de questionar as ordens antijurídicas e de negar sua execução. Esta interpretação restritiva é obrigada frente à jurisprudência penal internacional, dado que esta não reconhece o atuar em cumprimento de uma ordem como causa independente de isenção de punibilidade” (AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 125). No mesmo sentido, Telma Angélica Figueiredo: “(...) Inadmissível em um Estado de direito, sob falsa concepção da obediência hierárquica, transformar-se o inferior em um autômato, sujeito às paixões políticas, ideológicas, pois a subordinação e dependência militares, oriundas dos princípios de hierarquia e disciplina, não possui o condão de tornar os subordinados meros executores do serviço da tirania. Nem em tempo de guerra, o Direito Internacional Público aceita o instituto da obediência hierárquica, para exculpar condutas atroz, sevícias, tortura, quer da população civil, quer dos prisioneiros de guerra. Em tempo de paz, por não se constituir numa situação excepcional, de emergência, com mais razão, não se consentem tais atos de

No âmbito da antijuridicidade, ainda, há algumas circunstâncias específicas da seara militar que diferenciam o crime militar do crime comum que vão ter reflexo, não só para sua pena, como também para a tipicidade. O fato de ser o agente, ou a vítima, superior ou inferior hierárquico⁷⁶⁴, ser o agente oficial nos crimes de autoria coletiva e haver cometido o crime com praças⁷⁶⁵, o fato de como sujeito ativo ou passivo estar de serviço quando da prática do crime⁷⁶⁶, praticá-lo com emprego de arma, material ou instrumento de serviço⁷⁶⁷, em auditório da Justiça Militar⁷⁶⁸, ser meritório o seu comportamento anterior⁷⁶⁹ etc.

No âmbito do aspecto subjetivo da conduta, de forma diferente do direito comum, ao militar é inadmissível o desconhecimento de seus deveres, sendo, a princípio, inaplicável no que diz respeito aos crimes que atentem contra o dever militar a construção relativa à consciência da ilicitude, da forma como é preconizada pela teoria finalista da ação. Dessa forma, a menos que se demonstre ser o militar extremamente inexperiente e ainda não tenha tido a oportunidade de receber as orientações do período básico de instrução, o desconhecimento do dever militar não pode ser admitido como forma de excluir a culpabilidade⁷⁷⁰.

Nesse sentido, Frederico Magno de Melo Veras adverte que, nos crimes propriamente militares, a fundamentação da reprovação penal incide justamente na infidelidade do militar para com o seu dever, *in verbis*:

(...) Quando um civil rouba uma bolsa na rua, sabe que cometeu um crime, tendo atentado contra a Lei Penal, mesmo que nunca a tenha lido. Dependendo do seu grau de cultura e racionalidade, sabe ter contrariado a moral pública e embora possa ter esperança de não ser punido, teme uma possível punição penal. Tratando-se de militar que pratique crime propriamente militar, por certo que é ele sabedor que contrariou um dever militar, na medida em que, por definição, um militar deve obedecer à hierarquia e disciplina militares, dessa forma, tal militar verá sua culpa plasmada em termos de uma infidelidade aos deveres impostos pela farda. A vivência do arguido relativamente à sua culpa em um crime propriamente militar é ímpar, eis que influenciada pela formação militar, na qual são incorporados valores inerentes à Disciplina Militar. A vivência referida encontra eco no processo por crime propriamente militar, exatamente no juiz ou juízes militares componentes do órgão julgador, também influenciados pela fidelidade à disciplina e, na qualidade de

força, mesmo visando à garantia dos poderes constituídos pelas forças armadas” (FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilícitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139).

⁷⁶⁴ Isso é flagrante em diversos crimes previstos no Código Penal Militar, como a violência contra superior (art. 157), o desrespeito a superior (art. 158), o desacatado a superior (art. 298), a violência contra inferior (art. 175), a ofensa aviltante contra inferior (art. 176) etc.

⁷⁶⁵ § 5º do art. 53 do CPM.

⁷⁶⁶ Arts. 70, inciso II, alínea “l”, 158, 195 etc.

⁷⁶⁷ Art. 70, inciso II, alínea “m”, do CPM.

⁷⁶⁸ Art. 70, inciso II, alínea “n”, do CPM.

⁷⁶⁹ Art. 72, inciso II, do CPM.

⁷⁷⁰ VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007, p. 85.

oficiais, com experiência na jurisdição disciplinar de seus subordinados (ver artigos 6º e 7º, ambos do RDM). Nas circunstâncias apontadas acima, fácil verificar que avaliação da culpabilidade do militar acusado de crime propriamente militar, a evidenciar a diferença do conteúdo Culpabilidade entre o crime comum e o próprio militar (...)⁷⁷¹.

Além da tipicidade, há ainda outros três temas que trazem peculiaridades que justificam a existência do sistema penal militar com a existência de uma codificação especial com a previsão de uma Parte Geral, são eles a tentativa, o concurso de agentes e as penas.

Quanto à tentativa, é imperioso tecer um comentário no que diz respeito à disposição prevista no parágrafo único do artigo 30 do Código Penal Militar brasileiro no sentido de que, pode o juiz, “*nos casos de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado*”.

Trata-se de disposição criada pelo nosso direito positivo, sendo cópia do previsto no artigo 14 do Código Penal comum de 1969, que sequer entrou em vigor, que acolhia a lição do jurista Costa e Silva⁷⁷².

A exposição de motivos do Código Penal de 1969, da lavra do Ministro Gama e Silva, justificava o dispositivo no item 9, nos seguintes termos:

(...) Na punição da tentativa, manteve-se o critério de redução da pena, de um a dois terços, como regra geral. Todavia, em casos de gravidade excepcional, permitiu-se a aplicação da mesma pena prevista para o crime consumado. Recolheu-se, assim, a lição de nosso grande Costa e Silva (Código Penal, 1943, pág.69). Se o agente, querendo matar, inutiliza a vítima, tornando-a, por exemplo, cega e parálitica, merece a pena do crime consumado. Sem chegar a tais extremos, outros casos podem ser formulados, a evidenciar a correção do critério⁷⁷³.

Criticada por parte da doutrina por deixar ao arbítrio de julgador a delimitação do que seria especial gravidade⁷⁷⁴, por mais de uma vez a referida cláusula foi impugnada no Superior Tribunal Militar, que em todas as oportunidades a referendou, asseverando, inclusive, que não desrespeita os princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007, p. 20.

⁷⁷² ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

⁷⁷³ EXPOSIÇÃO de Motivos do Código Penal de 1969. *Revista de informação legislativa*, Brasília, Senado Federal, p. 155, out.dez.1969.

⁷⁷⁴ Nesse sentido: ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104. ASSIS, Jorge Cesar. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 181. Contra: ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo*. 3. ed. Belo Horizonte: Líder, 2014, p. 75.

⁷⁷⁵ Embargos 0490006-3/2009, rel. Min. Valdesio Guilherme de Figueiredo; Apelação 040306-5/2003, rel. Min. Olympio Pereira da Silva; Apelação 049483-9/2003, rel. Min. Henrique Marini e Souza; Apelação 050210-6, rel. Min. Henrique Marini e Souza; e Apelação 049721-8/2009, rel. Min. José Coelho Ferreira.

Levada a questão ao Supremo Tribunal Federal este, no *Habeas Corpus* 94.912/RJ, da Relatoria do Ministro Ayres Brito, manifestou-se que a questão deve ser discutida no âmbito legislativo, atendo-se tão somente que a excepcional gravidade deve ser especialmente motivada em relação ao *iter criminis* percorrido, ou seja, a aplicação da pena do crime consumado deve se sustentar no crime tentado apenas nos casos em que a tentativa tenha lesionado ou causado perigo de lesão ao bem jurídico tutelado de forma próxima à da consumação, isto é, manteve-se o entendimento no sentido da constitucionalidade do dispositivo.

Entende-se aqui, entretanto, que aliado a esse requisito, uma interpretação constitucional do dispositivo somente admitiria, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, que a pena do crime consumado seja praticada ao crime tanto naqueles casos em que a conduta traga forte abalo para a segurança das instituições militares, dos aquartelamentos, para a coesão da tropa, para as relações de hierarquia e disciplina, de forma exacerbada em relação ao que ocorre quanto aos crimes militares, haja vista que o Código Penal comum não dispõe de previsão de igual natureza.

4.2.1. O Sistema Penal Militar, o Tribunal Penal Internacional e as Operações de Paz

4.2.1.1 Do Direito Internacional da Guerra, breve síntese de suas bases históricas e sua necessária relação com o direito repressivo castrense

Como se teve oportunidade de salientar no tópico anterior, é tradicional a relação entre o Direito Penal Militar e o Direito Internacional Público, haja vista que a sua gênese tem o mesmo fundamento, qual seja, a guerra, uma vez que desde a Antiguidade, a história demonstra que a preocupação das sociedades com a postura das tropas e seus movimentos nos campos de batalha é uma constante.

Assim, no Código de Hammurabi havia a previsão da proteção dos fracos contra a opressão dos fortes e ordenava-se a libertação de reféns mediante o pagamento de resgates; em Roma, por sua vez, criaram o instituto do *jus fetiali*, de caráter religioso, pelo qual sacerdotes, antes do início das hostilidades, dirigiam-se aos comandantes inimigos para declarar a Guerra; e na Idade Média, Santo Agostinho e depois São Tomás de Aquino

desenvolveram a doutrina da “Guerra Justa”, que influenciou grande parte das leis da guerra naquele período⁷⁷⁶.

A própria obra de Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (O Direito da Guerra e da Paz), a qual é a precursora do Direito Internacional Público moderno, laicizado, trata do tema, sendo o referido autor notadamente influenciado pelo ambiente conturbado em que vivia a Europa de seus dias⁷⁷⁷. Adverte Carlos Frederico Cinelli que, ao defender que as noções de segurança interna e externa constituem necessidades vitais para o indivíduo, Hugo Grotius estava descrevendo o fracasso do *jus ad bellum* (direito à guerra) e do *jus in bello* (direito na guerra) tal como preconizado pela Doutrina da Guerra Justa da Idade Média, uma vez que a paz entre os Estados na Sociedade internacional não mais poderia se fundar na autoridade Papal⁷⁷⁸.

Consequência das ideias de Hugo Grotius, foi a Paz de Westphalia que, em 1648, em um conjunto de onze tratados, ao encerrar-se a Guerra dos Trinta anos, representou um marco na construção da ordem europeia moderna, inaugurando conceitos e princípios como os da soberania estatal, do Estado-Nação, a ideia de “razões de Estado” e o princípio da igualdade jurídica entre eles, surgindo os primeiros ensaios de uma regulamentação positiva internacional⁷⁷⁹.

Conforme salienta Alberto do Amaral Júnior, a Paz de Westphalia rompeu com os princípios da ordem internacional da cristandade, sendo fundamental para o desenvolvimento do conceito de Estado Soberano, sobretudo por separar o espiritual do moral e progressivamente colocar o poder nas mãos do monarca. Nesse período, são desenvolvidos os fundamentos conceituais do Estado Moderno, quais sejam: o território, o povo e o poder (soberania), sendo a tônica o princípio da não intervenção⁷⁸⁰. Sustenta-se em três complexos de normas, quais sejam, princípios normativos fundamentais da política mundial, regras de coexistência e regras de cooperação⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 31, 33 e 35.

⁷⁷⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. Introdução. In: GROTIUS, Hugo. *O direito da Guerra e da Paz*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Local: UNIJUÍ, 2005, p. 17, v. I.

⁷⁷⁸ CINELLI, Carlos Frederico. Op. cit., p. 40.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁸⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-70.

⁷⁸¹ “(...) as regras constitucionais, ou princípios fundamentais da política mundial, identificam a realidade internacional como sendo compostapor Estados soberanos e não por um único Estado, o império universal. Aos Estados é conferida competência para elaborar e criar as regras básicas do direito internacional. A vinculação externa opera-se pelo consentimento tácito, que origina o costume, ou pelo consentimento expresso, que dá nascimento aos tratados. O segundo grupo de regras destina-se a criar condições mínimas de coexistência entre os Estados. Três tipos principais de norma pertencem a esta categoria:

A expansão da Revolução Francesa por intermédio dos Exércitos de Napoleão, ao mesmo tempo em que afrontou os princípios da Paz e Westphalia, revolucionou o conceito de combate. Foi no período da Revolução Francesa que as primeiras academias militares foram instituídas, aumentaram-se consideravelmente os contingentes dos exércitos e experimentou-se uma reforma financeira e militar que possibilitou maior dinamicidade aos Exércitos⁷⁸².

Elementos concretos dessa revolução foram a renovação da artilharia a partir da modernização dos canhões que se tornaram mais leves e mais precisos, dando dinamicidade aos combates; a organização dos Exércitos em Divisões, que possibilitavam que as tropas se organizassem em unidades capazes de atuar de forma independente sob o comando de um Oficial General; e, o traço mais importante do período, o princípio da “nação em armas”, pelo qual a guerra, que era apenas assunto de um grupo muito específico de pessoas, passasse a ser assunto do povo, que passa a ser chamado a envidar todos os esforços na luta pela Revolução contra o Absolutismo⁷⁸³. A participação do povo por meio dos *levée en masse* (conscrição), permitiu maior agressividade e dinamicidade aos combates, muito diferente da guerra estática, até então utilizada⁷⁸⁴.

Deve ser ressaltado o grande número de mortos e feridos durante as guerras napoleônicas. As estratégias de combate até então empregadas, aliadas ao fato de que a indústria armamentista não acompanhara o crescimento dos contingentes, fazia com que os combates fossem extremamente cruentos e com altas taxas de mortalidade⁷⁸⁵.

1 – as regras que atribuem ao Estado o uso legítimo da força, as normas que limitam as causas da guerra disciplinando o comportamento das partes nos conflitos armados, circunscrevendo o espaço geográfico das operações militares a fim de que seja poupada a população civil, e as que instituem direitos e deveres dos Estados neutros e beligerantes;

2- as regras sobre a formação, o cumprimento e a execução dos acordos internacionais em obediência ao princípio *pacta sunt servanda*. Dispõem acerca da capacidade formal das partes e preveem em que circunstâncias os pactos são válidos e quando as partes estão autorizadas a liberar-se das obrigações assumidas;

3 – a regra segundo a qual cada governo se obriga a aceitar a jurisdição dos demais Estados sobre o respectivo território e população.

O terceiro conjunto de normas é formado pelas regras que fixam as condições de cooperação nos diversos níveis do relacionamento intergovernamental. Abarcam desde temas políticos e econômicos a assuntos estratégicos e de segurança” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53-54).

⁷⁸² COLOM PIELLA, Guillem. *Entre Ares y Atenea: El debate sobre la Revolución en los Asuntos Militares*. Madrid: Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, 2008, p. 63.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 64-65.

⁷⁸⁴ CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 42. No entender do referido autor o modo de combate desenvolvido por Napoleão representou a transição entre o modo de combate da Idade Média e o Combate da Primeira Grande Guerra.

⁷⁸⁵ Interessante a descrição do combate por Carlos Frederico Cinelli: “(...) Mas o verdadeiro Trabalho da guerra ainda era realmente de matadouro, graças ao treinamento europeu de levantar e manipular armas todos ao mesmo tempo. Keegan comenta que, honrosamente dispostos em linhas sucessivas, ‘os soldados ficavam inertes em fileiras para serem abatidos, (...) a infantaria ficando diante do fogo à queima-roupa da artilharia” por

O Século XIX, em termos de combate, é decorrência da revolução armamentista ocorrida na Revolução Francesa, sendo cada vez mais desumanos, o que, em contrapartida, recrudescer a preocupação dos Estados em estabelecer pactos no sentido de aliviar as calamidades da guerra⁷⁸⁶.

Nesse contexto, por influência das ideias de Henry Dunant⁷⁸⁷, em seu livro *Lembranças de Solferino*, em 1864, em Genebra, os Estados-membros da comunidade internacional procederam à primeira codificação e especificação das normas que protegem os feridos e doentes no campo de batalha, estabelecendo, mesmo que de forma embrionária, “um regime de proteção das vítimas da guerra”, cristalizando o ideal já existente “de que a guerra só permite, no tocante ao ser humano, comportamentos compatíveis com a sua dignidade”⁷⁸⁸. Eis a gênese do que hoje é denominado Direito Internacional Humanitário.

De forma simultânea ao desenvolvimento das regras de proteção das vítimas nos conflitos armados, os Estados passaram a desenvolver regras no tocante à limitação de meios e métodos de combate. Como assevera Christophe Swinarski:

(...) A guerra, considerada ainda uma necessidade, não devia ocasionar mais sofrimentos e nem mais destruições que os imprescindíveis para o desempenho de sua função. Em outras palavras, quaisquer métodos tendentes a estendê-la além dos seus objetivos, causando sofrimentos inúteis, foram excluídos pela comunidade internacional, ou seja, declarados ilícitos do ponto de vista do direito internacional público. O princípio da guerra lícita, a qual utilizaria só métodos e meios permitidos pelo direito, tinha-se fortalecido em razão das codificações realizadas nos anos de 1899 e 1907 em Haia com o título de Convenções de Haia⁷⁸⁹.

horas'. Os cirurgiões de Napoleão realizavam até duas centenas de amputações por dia e esses pacientes eram felizardos. A indústria armamentista, entretanto, não teve o mesmo desenvolvimento que a expansão quantitativa de recursos humanos e, para compensar a baixa acurácia e a lenta recarga dos canhões, o uso de armas brancas ainda continuava intenso, com o combate corpo-a-corpo sendo a última ratio. Kaldor menciona que em 1974 o 'exercito do povo' já era composto de 1.169.000 franceses mobilizados e motivados (em uma população de 25 milhões". O esperado resultado dessa combinação de enormes efetivos humanos em armas e combate aproximado em larga escala não poderia ser outro que não um número incalculável de feridos e mortos. Se houve uma redução dos níveis de crueldade por parte dos soldados em combate, por um lado, ela coincidiu com um aumento exponencial nas quantidades de pessoas vitimadas, cujo atendimento, e auxílio recebidos eram insuficientes ou mesmo inexistentes" (Ibidem, p. 42).

⁷⁸⁶ Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 104-105.

⁷⁸⁷ Em 1859, após presenciar os sofrimentos de soldados franceses, italianos e austríacos que lutavam na Batalha de Solferino, pela unificação da Itália, e providenciar tratamento médico improvisado a estes, o Suíço Henry Dunant, homem de negócios, sugeriu a criação de sociedades nacionais que assistiriam as vítimas do combate. Surgiu, também, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 43).

⁷⁸⁸ SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1997, p. 15.

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 16.

Ao complexo de normas destinadas à proteção das vítimas da guerra, passou-se a denominar “Direito de Genebra” (ou Direito Humanitário), ao passo que às normas destinadas a regular os métodos e meios de combate começaram a se denominar “Direito de Haia” (ou Direito da Guerra), que são dois ramos do *jus in bellum*, ou seja, a parte do Direito Internacional Público no que diz respeito ao Direito de Guerra pelo qual é regido o comportamento do Estado quando envolvido em conflito armado⁷⁹⁰, sempre, tendo em vista a preocupação para com o sofrimento do ser humano.

Em contrapartida, permanecia como outra vertente do Direito Internacional Público de Guerra o *jus ad bellum*, que nada mais seria que a discussão sobre o direito à Guerra que, até o Pacto de Briand-Kellog, em 1928, e a Carta da ONU, em 1945, pertencia ao Estado⁷⁹¹, justificando-o pelas teorias da Guerra Justa⁷⁹².

Importante ressaltar que, no mesmo passo em que ocorreu uma revolução em assuntos militares na França, em razão da Revolução Francesa, a Revolução Industrial, principiada na Inglaterra e, após, estendida à toda Europa elevou em nível exponencial a capacidade bélica dos Estados, modificou as noções de estratégia militar e tornou ainda mais mortíferos e duradouros os combates. Nesse sentido, a Guerra de Secessão Americana (1861-1865) foi um prenúncio do que viria a ser a Primeira Guerra Mundial, uma vez que foi a primeira oportunidade em que se aliavam os princípios da “Guerra Total” e as conquistas armamentistas da Revolução Industrial⁷⁹³.

A Revolução Industrial trouxe invenções que praticamente fizeram letra morta o que se conhecia em termos de combate, até então, na história da humanidade. A começar pela invenção da locomotiva, que revolucionou a logística, com o transporte de grandes contingentes de tropas, armamentos e mantimentos (vale lembrar que, até então, todo transporte terrestre era realizado a pé, a cavalo ou de carroça); passando à criação dos grandes navios encouraçados a vapor (e, após, a diesel), que substituiriam os lendários navios de madeira movimentados à vela; culminou na Primeira Guerra Mundial, ápice da cultura armamentista Europeia, em que foram utilizados os primeiros caminhões, carros de combate,

⁷⁹⁰ SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1997, p. 16.

⁷⁹¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2º vol. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1418.

⁷⁹² CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 47. Também, AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134-135.

⁷⁹³ Cf. COLOM PIELLA, Guillem. *Entre Ares y Atenea: El debate sobre la Revolución en los Asuntos Militares*. Madrid: Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, 2008, p. 70.

meios de comunicação à distância e o avião que, por meio do bombardeio estratégico, tornou possível o alcance aos centros inimigos de Poder⁷⁹⁴.

Assim, em termos militares, a Segunda Guerra Mundial, apesar do uso contínuo dos porta-aviões e do desenvolvimento intenso de instrumentos e táticas no que tange às operações anfíbias é, por vezes, vista como mera evolução da Primeira Guerra Mundial, a não ser em virtude do desenvolvimento da arma nuclear que foi um dos elementos cruciais na modificação das relações internacionais no século XX, sendo o elemento mais significativo no período de paz entre as superpotências, denominado Guerra Fria⁷⁹⁵.

Dessa forma, diante da carnificina decorrente das duas grandes guerras mundiais, a Ordem Internacional estabelecida sob os princípios da Paz de Westphalia passa a ser ameaçada até o ponto de ruir, diante dos horrores do Nazismo, e de dar lugar à Nova Ordem Mundial estabelecida em 1945, com a Carta da ONU⁷⁹⁶. Após a Segunda Guerra Mundial, o recurso à guerra como alternativa diplomática passou a ser considerado um ilícito internacional, sendo somente admitido em caso de legítima defesa diante de agressão de outro Estado, ou nos casos em que se torna necessário intervir a fim de reestabelecer a paz em determinado território, a fim de solucionar crises humanitárias⁷⁹⁷.

Por outro lado, há uma intensa reforma no Direito Internacional Humanitário, a fim de expandir o âmbito de proteção do Direito de Genebra e as limitações do Direito de Haia, mesmo porque as antigas convenções se mostraram insuficientes diante da desumanidade que se estabeleceu naquele terrível capítulo da história da humanidade.

Além disso, as atrocidades da política racial ariana do Nazismo, que pelos Judeus foi, de forma bastante significativa, denominada de “holocausto”, consubstanciaram a necessidade de se instituir sanções para flagrantes infrações ao mínimo ético que o costume internacional entendia como aceitável no que tange a infrações à dignidade da pessoa humana pelo Estado.

Nesse contexto, surgem tribunais de guerra *ad hoc*, a fim de processar graves infrações às convenções de Genebra e ao costume internacional, como o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio que, por serem constituídos especificamente após o término das hostilidades em decorrência da rendição do Eixo, foram bastante criticados pelos penalistas sob o argumento de serem tribunais de exceção, criados ao arpejo dos princípios da

⁷⁹⁴ COLOM PIELLA, Guillem. *Entre Ares y Atenea: El debate sobre la Revolución en los Asuntos Militares*. Madrid: Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, 2008, p.67-80.

⁷⁹⁵ Ibidem, p. 81-87.

⁷⁹⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73-124.

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 282.

anterioridade da lei penal, constituindo-se um tribunal de vencedores etc. Eis a gênese do atual Direito Penal Internacional.

Por fim, a Carta da Organização das Nações Unidas estabelece outra postura nas relações internacionais, não só quanto à preocupação no que tange aos Estados entre si, mas de efetiva intervenção no que diz respeito à relação dos Estados para com os seus súditos, no que concerne à proteção dos Direitos Humanos.

Como já se salientou anteriormente, em que pese após 1945 a palavra “paz” tenha sido a tônica do discurso dos Estados com relação aos conflitos bélicos e, a princípio, a “guerra fria”, decorrência do temor de um conflito nuclear, tenha impedido que as grandes potências do mundo tenham se confrontado em um terceiro conflito mundial que, provavelmente, teria extirpado a humanidade da face da terra, as “guerras”, que passaram a ser abarcadas pelo conceito “conflitos armados”, que eclodiram em diversas regiões do mundo, sobretudo em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, na maioria das vezes patrocinadas ou em decorrência do processo de descolonização, por parte dos países da Europa, dos Estados Unidos e da antiga URSS, já mataram bem mais pessoas que a Primeira Guerra Mundial.

Não apenas isso, em sua atuação, os Estados continuaram a desrespeitar as leis da guerra cometendo atrocidades que muitas vezes se aproximam das insanidades do holocausto. A estas atrocidades contrárias aos Direitos Humanos, a Sociedade Internacional continuava a responder com tribunais *ad hoc*, como o Tribunal Penal Internacional Ruanda, a Corte Especial de Serra Leoa, as Câmaras Especiais nas Cortes do Camboja, os Painéis de Dili, o Tribunal Especial do Líbano, a Corte de Kosovo de Crimes de Guerra e Étnicos, o Tribunal Especial Iraquiano, as Cortes Internacionais de Bangladesh, as Câmaras Africanas Extraordinárias do Senegal e o Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia.

O fato de haverem sido constituídos após terem ocorrido os fatos que investigariam, processariam e julgariam, por desrespeitar o princípio da legalidade do Direito Penal, enfraqueceu a atuação de tais tribunais, de certa forma, deslegitimando-os.

Em 1992, no mesmo movimento que conduziu à instituição do Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia e o Tribunal Internacional de Ruanda, ressuscitou-se proposta de Trinidad e Tobago de criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente voltado a julgar casos ligados ao tráfico de drogas e a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas solicitou à Comissão de Direito Internacional que elaborasse um esboço de estatuto de um Tribunal Penal Internacional.

Após cerca de seis anos de constantes estudos, debates, reuniões formais e informais, negociações e oposição de países considerados importantes, como os Estados Unidos da

América, em 17 de julho de 1998, foi aprovado, em Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cuja sede é em Haia, Países Baixos⁷⁹⁸.

O referido Estatuto foi assinado pelo Brasil, em 07 de fevereiro de 2000, foi aprovado por meio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002, com depósito da Carta de Ratificação em 20 de junho de 2002. Foi promulgado internamente pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, e está em vigor internacional desde 01 de julho de 2002.

Além disso, em virtude da Emenda 45/2004, ao art. 5º da Constituição da República, que trata dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, foram acrescentados mais dois parágrafos, com a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão⁷⁹⁹.

A criação do Tribunal Penal Internacional, bem como a instituição dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, a fim de punir graves violações de Direitos Humanos, por um lado, e a criação de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como o Tribunal Internacional de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos e dos Povos, demarca fenômeno característico do Direito Internacional Público na segunda metade do Século XX que é a elevação do ser humano a sujeito de direito nas relações jurídicas internacionais.

Nesse contexto, por outro lado, visto que, pelo menos no discurso, o *jus ad bellum* passou cada vez mais a ser renunciado pelos Estados em favor da ONU, no espaço de discussão do que se denominava teoria da “guerra justa”, na relação entre os tradicionais sujeitos de Direito Internacional, os Estados, a tônica passa a ser a utilização das forças militares no que se denomina Direito de Assistência Humanitária e Ingerência Humanitária.

Nesse contexto, as denominadas Operações de Paz sob mandato do Conselho de Segurança da ONU, passam a fazer parte do cotidiano das Nações, sendo os contingentes

⁷⁹⁸ Sobre o processo de elaboração e negociação do Estatuto de Roma, vide: RI, Arno Dal; ZEN, Cássio Eduardo. Entre Versailles e Roma: a instituição de uma Jurisdição Penal Internacional Permanente como virada paradigmática na história do Direito Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 17-25.

⁷⁹⁹ Importante salientar que a interpretação dos referidos parágrafos deve ser realizada de forma sistemática com os dois anteriores, já previstos no texto original de 1988, que versam que: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

brasileiros tradicionalmente empregados nas referidas missões. Certo é, também, que, desde as primeiras Operações de Paz até os dias atuais, estabeleceu-se uma significativa evolução. Ana M. Jara Gómez, discorrendo sobre essa evolução, desde a primeira Operação de Paz, em 1956, na chamada “Crise do Canal de Suez”, na qual uma coalisão formada por França, Israel e Grã-Bretanha enfrentou o Egito, salienta que, até os dias atuais, as referidas Operações por mandato da ONU passaram por três grandes fases, a saber:

(...) Em primeiro lugar, as chamadas operações ‘tradicionalis’, sem uso nem ameaça da força, imparciais e estabelecidas sob a base do consentimento dos envolvidos. Essas missões são sucedidas por uma segunda geração de manutenção da paz ‘multidimensional’, que inclui, segundo alguns autores, a operação desdobrada no Congo entre 1960 e 1964 (ONUC, com autorização para usar a força e que, adicionalmente, teve de assumir funções governamentais para responder ao vazio administrativo causado pela saída dos belgas sem haver estabelecido estruturas adequadas para governar o país). Através destas operações, a ONU se vê envolvida em conflitos internos através de processos multidimensionais que incluem atividades, adicionadas às tradicionais, como a separação de combatentes, o desarme de forças irregulares ou paramilitares e em sua transformação em um exército nacional unificado, tarefas de reinserção na sociedade civil e estabelecimento de sistemas policiais. A terceira geração corresponde às Operações que não se limitam a manter a paz senão também à “imposição/consolidação” da paz e operam sob o manto do Conselho de Segurança amparado no Capítulo VII da Carta. Esta geração se inicia apenas seis meses após a segunda, em março de 1993, com UNOSOM II na Somália, a primeira missão que o Conselho de Segurança estabelece amparando-se explicitamente no Capítulo VII da Carta. (...) Se implantam essas OMPs não para manter a paz, que pode não existir, senão para responder a um forte desejo da comunidade internacional de apoiar os esforços de assistência humanitária até que se deem as condições para negociar a solução do conflito. O consentimento das partes pode estar ausente porque a autoridade tenha colapsado, ou seja, foi pouco significativo porque existiam numerosos grupos reivindicando a dita autoridade⁸⁰⁰.

Discorrendo sobre o contexto atual das Operações de Paz, a referida autora ainda assevera:

⁸⁰⁰ *En primer lugar, las llamadas operaciones ‘tradicionales’, sin uso ni amenaza de la fuerza, imparciales y establecidas sobre la base del consentimiento de los implicados. Estas misiones son sucedidas por una segunda generación de mantenimiento de la paz ‘multidimensional’, que incluye, según algunos autores, la operación desplegada en el Congo entre 1960 y 1964 (ONUC, con autorización para usar la fuerza y que, adicionalmente, tuvo que asumir funciones gubernamentales para responder al vacío administrativo causado por la salida de los belgas sin haber establecido estructuras adecuadas para gobernar el país). A través de estas operaciones, la ONU se ve envuelta en conflictos internos a través de procesos multidimensionales que incluyen actividades, anadidas a las tradicionales, como la separación de combatientes, el desarme de fuerzas irregulares o paramilitares y en ocasiones su transformación en un ejército nacional unificado, tareas de reinserción en la sociedad civil y establecimiento de sistemas policiales. La terca generación corresponde a las operaciones que no se limitan a mantener la paz sino también a la ‘consolidación/imposición de la paz’ y operan con mandato del Consejo de Seguridad amparado en el Capítulo VII de la Carta. Esta tercera generación se inicia, apenas seis meses después de la segunda, en marzo de 1993, con UNOSOM II en Somalia, la primera misión que el Consejo de Seguridad establece amparándose explicitamente en el Capítulo VII de la Carta. (...) Se despliegan estas OMPs no para mantener la paz, que puede no existir, sino para responder a un flerte deseo de la comunidad internacional de apoyar los esfuerzos de asistencia humanitaria hasta que se den las condiciones para negociar la solución del conflicto. El consentimiento de las partes puede estar ausente porque la autoridad haya colapsado o sea poco significativo porque existan numerosos grupos reivindicando dicha autoridad” (JARA GÓMEZ, Ana M. La transformación de las operaciones de mantenimiento de la paz. Dimensiones e implicaciones de una construcción jurídica, política y militar compleja. In: OLARTE ENCABO, Sofía. *Estudios Sobre Derecho Militar Y Defensa*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 379-380).*

A expansão das agendas e responsabilidades dos atores externos, e especialmente da ONU, nos territórios pós conflito é explicada por Richard Caplan tendo em conta uma série de fatores, que incluem desde a proliferação de conflitos internos em detrimento daqueles internacionais, a erosão da soberania do Estado, até a responsabilidade de proteger que recai sobre a comunidade internacional junto a crescente cooperação dentro do Conselho de Segurança da ONU⁸⁰¹.

Está estabelecido o quadro complexo das Relações e normas de Direito Internacional Público a influenciar o Direito Penal interno no que tange às atividades militares no seu mister para os quais foram criadas e são preparadas, momentos de crise social, quais sejam, o seu emprego em situações em que é necessário o combate ou se este está na iminência de ocorrer, sendo, na maioria das vezes utilizadas para que este não ocorra.

Por essa razão, há imperativo de que os Estados alterem seus ordenamentos jurídicos a fim de que comportem, além das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, disposições relativas ao direito humanitário, também denominado *ius in bellum*, sobretudo no que diz respeito às suas lesões, e conceitos do Direito Penal Internacional, o que, de certa forma, justificaria a manutenção da especialidade do Direito Penal Militar.

Nesse diapasão, em respeito a tal diretriz internacional e em razão das suas próprias tradições diplomáticas, a Constituição da República estabelece que o Brasil se rege, em suas relações internacionais, entre outras diretrizes, pela defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos⁸⁰².

Não por outra razão, como já explicitado anteriormente, que o Brasil, bem como grande parte dos Estados que têm assento na Organização das Nações Unidas firmaram o Tratado de Roma que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional cujo objetivo é a persecução de graves violações dos Direitos Humanos, resumidas nos crimes de agressão, crime de genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra⁸⁰³.

Dentre os referidos grupos de crimes percebe-se que pelo menos três dos grandes grupos estão ligados à situação da guerra, ou dos conflitos armados que, por óbvio, estão ligados à atividade militar.

Dentre eles, especificamente os crimes de guerra, são infrações ao *ius in bellum*, consolidado nas convenções do Direito de Guerra e nas Convenções de Genebra e seus protocolos, que são regras de direito humanitário estabelecidas tanto para a guerra

⁸⁰¹ “La expansión de las agendas y las responsabilidades de los actores externos, y especialmente de la ONU, en los territorios post conflicto es explicada por Richard Caplan teniendo en cuenta una serie de factores, que incluyen desde la proliferación de conflictos internos en detrimento de aquellos internacionales, la erosión de la soberanía del Estado, hasta la responsabilidad de proteger que recae sobre la comunidad internacional junto a la creciente cooperación dentro del Consejo de Seguridad de la ONU” (Ibidem, p. 380).

⁸⁰² Art. 4º, incisos VI e VII, da CF.

⁸⁰³ Arts. 5, 6, 7 e 8 do Estatuto de Roma.

juridicamente declarada quanto para os denominados conflitos armados internacionais e conflitos armados não internacionais, também denominados insurreições internas⁸⁰⁴.

Observa-se, portanto que, mesmo tendo o Brasil uma tradição diplomática pacífica e se levando em consideração que a guerra formalmente declarada é uma circunstância bastante difícil de ocorrer, não se pode afirmar que militares brasileiros estejam isentos de praticar os crimes do Tribunal Penal Internacional, mormente os crimes de guerra, mesmo porque, sendo a admissibilidade da denúncia na referida Corte Penal Internacional estabelecida em consonância com o princípio da subsidiariedade, se ficar demonstrado que o Estado brasileiro, em caso de condutas que se subsumam aos crimes de genocídio, crime de agressão, crime contra a humanidade e crime de guerra, não agiu, demonstra desinteresse ou incapacidade em realizar a persecução penal, em casos que assumam gravidade que legitimem a intervenção do Tribunal, será possível a punição⁸⁰⁵.

Nesse diapasão, Carlos Frederico de Oliveira Pereira é categórico ao afirmar que as normas do Direito Penal Internacional podem ser aplicadas não apenas aos militares brasileiros pertencentes às Forças Armadas, mas também aos Policiais Militares, tanto em Operações de Paz, quanto nas denominadas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, haja vista que há determinadas situações de combate passíveis da incidência do art. 3º das Convenções de Genebra, sob o argumento no sentido de que, o que não está permitido no âmbito da Guerra e dos Conflitos Armados Internacionais, não pode ser permitido no âmbito do Policiamento urbano e ações de Segurança Pública⁸⁰⁶.

Ou seja, o Estado é responsável por eventuais infrações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Humanitário que ocorram nos territórios por ele ocupados ou que sejam praticadas pelos seus agentes, sendo esta razão suficiente a legitimar a existência de um

⁸⁰⁴ As convenções de Genebra são o Direito Humanitário e codificado. Direito Humanitário, por sua vez, é um subramo do Direito Internacional Público que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos que tem como objetivo proteger a pessoa humana durante os conflitos armados (cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 137). São quatro as convenções de Genebra, que tratam tanto da situação de Guerra como a de conflito armado internacional: a primeira trata da proteção dos feridos e dos enfermos das Forças Armadas em Campanha; a segunda dos feridos, enfermos e náufragos no mar; a terceira, dos prisioneiros de guerra; e a quarta, da proteção aos civis. Por terem sido celebradas em 1949, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 1974, tomou iniciativa de convocar uma conferência diplomática para elaborar mais dois tratados complementares que, em 1977, tomaram forma como protocolos adicionais, nos quais, no Protocolo I, complementou as convenções no que diz respeito aos métodos e os meios da conduta no combate (Direito de Haia) e, no Protocolo Adicional II, desenvolve-se e complementa-se o artigo nº 3, comum à todas as convenções, no sentido de estendê-lo aos conflitos armados não internacionais, salvaguardando, entretanto, o direito dos governos de manter ou de restabelecer a ordem pública (cf. SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 38 e 39).

⁸⁰⁵ Art. 17, do Estatuto de Roma.

⁸⁰⁶ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 227-230.

aparato de normas penais internas específicas a reforçar o arcabouço sancionatório disciplinar que sustenta a eficiência de suas Forças Armadas, sob pena de ver a ingerência internacional em seus assuntos internos, muitas vezes, a contragosto⁸⁰⁷.

Importante recordar, também, nesse passo, ainda dois argumentos relevantes no sentido da importância de se analisar a implementação do Direito Internacional dos Conflitos Armados no âmbito do Direito Interno sobre os quais já discorremos, quais sejam, o fato de entre os princípios *Decaux* constar a diretriz no sentido de que, a fim de que a jurisdição militar seja condizente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta deve aplicar as normas de Direito Humanitário aos casos, especialmente nas situações de guerra, e o argumento filosófico no sentido de que, no embate entre realistas e idealistas, não se pode entender que os países tenham tomado uma decisão séria no que tange a uma política no sentido da paz mundial, caso não codifiquem, no seu direito interno, as graves violações aos Direitos Humanos, quais sejam, os crimes de agressão, de genocídio, contra a humanidade e os crimes de guerra.

Inexorável, portanto, discorrer de que forma o Direito Internacional Público no que pertine aos conflitos armados (normas de Direito Internacional Humanitário, Direito Penal Internacional, Direito de Assistência humanitária etc.) vai influenciar e se ele legitima ou não o Direito Penal Militar.

4.2.1.2. Princípios de Direito Internacional Humanitário e Jurisdição Militar

Ao relacionar Direito Militar, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos, há três premissas preliminares que se devem levar em conta, que se entrelaçam e devem estar bem definidas.

A primeira é que, não obstante o respeito à dignidade da pessoa humana esteja no âmago do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo o respeito à vida talvez o principal dos direitos a ser preservado e seu pressuposto, a vida não é um direito absoluto, havendo, aliás, nos próprios tratados internacionais, além de nos casos de combate quando empregadas forças militares em

⁸⁰⁷ Nesse passo, importante o raciocínio desenvolvido por Albin Eser ao destacar a diferença entre o tratamento penal dado pelo Direito Internacional Público ao tráfico de entorpecentes e o genocídio. Afirma o reconhecido jurista alemão, ao salientar a maior proteção penal contra o genocídio, que “*esto deriva de que la infracción de la convención relativa al genocidio supone una vulneración de derechos humanos fundamentales cuya protección tiene efectos erga omnes, de modo que todos los Estados tienen el derecho y el deber a desplegar esa protección, de lo que a su vez se deduce una persecución ilimitada a nivel mundial por parte de tribunales nacionales*” (ESER, Albin. *Hacia un Derecho Penal Mundial*. Trad. Enrique Díaz-Aranda, Héctor Fix-Fierro, Manuel Cancio Meliá, Rocío Procel Sánchez, Said Escudero Irra, Teresa Manso Porto. Granada: Comares, 2009, p.13/-14).

conflitos armados internacionais, a previsão de situações excepcionais nas quais é ao Estado lícito matar, como, por exemplo, nos casos de aplicação da pena capital pronunciada por um tribunal, nos casos de legítima defesa de pessoas, nos casos de tentativa de prisão ou para evitar evasão de preso, e nos casos de revoltas ou insurreições⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ Vemos assim que, segundo o art. 2º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;

b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;

c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

Em que pese a Convenção Americana de Direitos Humanos não preveja as situações em que a eliminação da vida por agentes do Estado não seja arbitrária, segundo Carlos Frederico de Oliveira Pereira, o artigo 2º da Convenção Europeia devem ser tidas como abrangidas pelo Costume internacional (PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 252-253). No Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, de 27 de agosto a 07 de setembro de 1990, foram estabelecidos princípios básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários responsáveis pela aplicação da lei, em que ficou estabelecido que “Os responsáveis pela aplicação da lei não usarão armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de outrem contra ameaça iminente de morte ou ferimento grave; para impedir a perpetração de crime particularmente grave que envolva séria ameaça à vida; para efetuar a prisão de alguém que represente tal risco e resista à autoridade; ou para impedir a fuga de tal indivíduo, e isso apenas nos casos em que outros meios menos extremados revelem-se insuficientes para atingir tais objetivos. Em qualquer caso, o uso letal intencional de armas de fogo só poderá ser feito quando estritamente inevitável à proteção da vida”.

Regulamentando a matéria, em 2010, foi editada a Portaria Ministerial nº 4226, que estabelece que:

“1. O uso da força pelos agentes de segurança pública deverá se pautar nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e deverá considerar, primordialmente:

a) ao Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979;

b) os Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua Resolução 1.989/61, de 24 de maio de 1989;

c) os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1999;

d) a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.

3. Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.

4. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

5. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, a não ser que o ato represente um risco imediato de morte ou lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

6. Os chamados “disparos de advertência” não são considerados prática aceitável, por não atenderem aos princípios elencados na Diretriz nº 2 e em razão da imprevisibilidade de seus efeitos.

7. O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada”.

A segunda premissa, decorrência da primeira, é que o que difere a atuação das Forças Armadas na sua atividade de defesa da Soberania da Pátria da atuação das Polícias, quer militares quer civis, na sua missão de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, é que às Forças Armadas está autorizado o uso letal da força, enquanto aos órgãos de segurança pública somente é lícito o uso progressivo da força.

No uso progressivo da força, utilizado pelos agentes do Estado no contexto da Segurança Pública, concentra-se a atenção naquele indivíduo que está sendo detido como sujeito de direitos e garantias fundamentais, não sendo lícito detê-lo a qualquer custo. A seu turno, no uso letal da força, empregado pelos agentes do Estado quando em missões de defesa, ao contrário, a preocupação está com terceiros e com o ambiente ao redor do local de combate⁸⁰⁹.

A terceira premissa é que o Direito Humanitário se pauta por uma série de princípios⁸¹⁰, dos quais, destacam-se, no contexto dessa tese, o princípio da Distinção e o princípio da Proporcionalidade como principais vetores do sistema.

Pelo princípio da distinção, a principal diferenciação a se fazer não é quanto ao conceito de militares e civis, mas entre combatentes e civis. Outra distinção importante é a de bem civil e objetivo militar^{811 812}.

O conceito de combatente encontra-se expresso nos incisos do artigo 13 da Primeira Convenção de Genebra para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha e é reproduzido, também, nos arts. 13 da 2ª Convenção de Genebra para a melhoria dos feridos, enfermos e náufragos das Forças Armadas do Mar e da Terceira Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, de 1949, sendo assim elencados como:

⁸⁰⁹ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 258.

⁸¹⁰ Segundo César Amorin Krieger são considerados princípios gerais do Direito Internacional Humanitário, além da cláusula Martens, os princípios da humanidade, da necessidade, da proporcionalidade, da distinção, da proibição ou restrição de armas que causem sofrimento desnecessário e o da independência entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello* (KRIEGER, César Amorin. *Direito Internacional Humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 242-258).

⁸¹¹ Assim, preceitua o artigo 48 do Protocolo nº I, das Convenções de Genebra que: “*A fim de garantir respeito e proteção a população civil e aos bens de caráter civil, as Partes em conflito deverão sempre fazer distinção entre a população civil e os combatentes, entre os bens de caráter civil e os objetivos militares e, em consequência, dirigirão suas operações unicamente contra os objetivos militares*”.

⁸¹² Outra categoria bastante importante, aliás, a razão primeira da existência do Direito Internacional Humanitário é a de feridos, enfermos e náufragos – vale lembrar que as primeiras Convenções de Genebra e a própria Cruz Vermelha surgiram em virtude da necessidade de assistência aos feridos na Batalha de Solferino. Estes, bem como tudo que visa a atendê-los, como navios-hospitais, ambulâncias, aeronaves sanitárias e o pessoal religioso e sanitário são protegidos de represálias e legitimam a assistência fornecida pelos “Estados neutros” (Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 261-262).

(...)1) os membros das forças armadas de uma Parte em luta, da mesma forma que os membros das milícias e corpos de voluntários que façam parte dessas forças armadas; 2) os membros de outras milícias e de outros corpos voluntários, inclusive os de movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma das Partes em luta e que atuam fora ou no interior de seu próprio território, mesmo que esse território se ache ocupado, contanto que essas milícias ou corpos de voluntários, inclusive os movimentos de resistência organizados, preencham as seguintes condições: a) ter no comando uma pessoa responsável pelos seus subordinados, b) ter um emblema distintivo fixo e reconhecível a distância; c) portar armas ostensivamente; d) conformar-se em suas operações às leis e costumes de guerra; 3) os membros das forças armadas regulares que prestem obediência ao governo ou autoridade não reconhecidos pela Potência detentora; 4) as pessoas que acompanham as forças armadas sem fazer parte diretamente das mesmas tais como membros civis das tripulações de aviões militares, correspondentes de guerra, fornecedores, membros de unidades de trabalho ou de serviços encarregados do bem-estar dos militares, desde que tenham recebido autorização das forças armadas que acompanham; 5) os membros de tripulações, inclusive comandantes, pilotos e grumetes da marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes em luta, que não gozem de tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do Direito Internacional; Direitos Humanos: Documentos Internacionais; 6) a população de um território não ocupado que, ao aproximar-se o inimigo, pegue em armas espontaneamente para combater as tropas invasoras sem ter tido tempo de constituir-se em forças armadas regulares, desde que portem armas ostensivamente e respeitem as leis e costumes de guerra.

Em 1977, dadas as constantes guerras de independência e a constante participação de civis em forças regulares de combate, sobretudo em situações de resistência, nas chamadas “guerras de guerrilha” alargou-se a proteção humanitária, estendendo-se os conceitos, nos artigos 43 e 44, que ampliaram a proteção humanitária, nos seguintes termos:

(...) 1. As Forças Armadas de uma Parte em conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armados e organizados, colocados sob um comando responsável pela conduta de seus subordinados perante essa Parte, mesmo quando esta está representada por um governo ou por uma autoridade não reconhecidos por uma Parte adversa. Tais Forças Armadas deverão estar submetidas a um regime de disciplina interna que as faça cumprir, inter alia, as normas de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados.

2. Os membros das Forças Armadas de uma Parte em conflito (exceto aqueles que são parte do pessoal sanitário e religioso a que se refere o Artigo 33 da Terceira Convenção) são combatentes, isto é, têm direito a participar diretamente das hostilidades.

3. Sempre que uma Parte em conflito incorpore às suas Forças Armadas um organismo paramilitar ou um serviço armado encarregado de velar pela ordem pública, deverá notificá-lo às outras partes em conflito(...)⁸¹³.

(...) 1. Todo combatente, tal como está definido no Artigo 43, que caia em poder de uma Parte adversa será prisioneiro de guerra.

2. Conquanto todos os combatentes sejam obrigados a observar as normas de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados, a violação de tais normas não privará um combatente de seu direito de ser considerado como tal ou, se cai em poder de uma Parte adversa, de seu direito de ser considerado prisioneiro de guerra, exceto como disposto nos parágrafos 3 e 4.

3. Com o propósito de promover a proteção da população civil contra os efeitos das hostilidades, os combatentes são obrigados a distinguir-se da população civil no

⁸¹³ Art. 43 do Protocolo nº I, às Convenções de Genebra.

curso de um ataque ou de uma operação militar preparatória de um ataque. Contudo, reconhecendo-se que nos conflitos armados existem situações nas quais, devido à índole das hostilidades, um combatente armado não pode distinguir-se da população civil, este combatente conservará sua condição como tal, sempre que, nessas circunstâncias, porte suas armas abertamente:

a) durante cada engajamento militar, e

b) durante o tempo em que seja visível para o inimigo enquanto está tomando parte em um deslocamento militar que antecede ao lançamento de um ataque do qual irá participar.

Não se considerarão como atos perfídios, no sentido da alínea c) do parágrafo 1 do Artigo 37 os atos que reúnem as condições enunciadas no presente parágrafo.

4. O combatente que caia em poder de uma Parte adversa e não reúna as condições enunciadas na segunda sentença do parágrafo 3 perderá o direito de ser considerado como prisioneiro de guerra, porém, não obstante, receberá proteção equivalente, em todos os sentidos, a outorgada aos prisioneiros de guerra pela Terceira Convenção e pelo presente Protocolo. Essa proteção inclui as proteções equivalentes às outorgadas aos prisioneiros de guerra pela Terceira Convenção no caso em que tal pessoa seja julgada e punida por qualquer infração que tenha cometido.

5. O combatente que cai em poder de uma Parte adversa enquanto não participa de um ataque nem de uma operação militar preparatória de um ataque, não perderá, em consequência de suas atividades anteriores, o direito de ser considerado como combatente e prisioneiro de guerra.

6. O presente Artigo não privará uma pessoa do direito de ser considerada como prisioneiro de guerra conforme o Artigo 4 da Terceira Convenção.

7. O propósito do presente Artigo não é modificar a prática geralmente aceita pelos Estados no que diz respeito ao uso de uniformes dos combatentes pertencentes às unidades armadas regulares e uniformizadas de uma Parte em conflito.

8. Além das categorias de pessoas mencionadas no Artigo 13 da Primeira e Segunda Convenções, todos os membros das Forças Armadas de uma Parte em conflito como definido no Artigo 43 deste Protocolo terão direito à proteção concedida em virtude dessas Convenções se estão feridos ou enfermos ou, no caso da Segunda Convenção, se são náufragos no mar ou em outras águas(...)⁸¹⁴.

Tal extensão de proteção advém não apenas em razão de ser o guerrilheiro um combatente, mas principalmente em razão do fato de a “conraguerrilha” ou “contrainsurgência” ser um argumento dos Estados ao tratamento desumano dado à população civil⁸¹⁵.

Desse emaranhado de disposições, pode-se extrair que civis são todos aqueles que, estando no território de conflito armado, não são combatentes, ou seja, não são “*membros de forças armadas e de forças afins (milícias, corpos de voluntários, movimentos de resistência organizados)*”⁸¹⁶. Enquanto aos civis, e aos bens civis, o Direito Humanitário prevê proteção no sentido de protegê-los, de forma geral contra os efeitos da guerra⁸¹⁷, aos combatentes o

⁸¹⁴ Art. 44 do Protocolo I às Convenções de Genebra.

⁸¹⁵ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 215.

⁸¹⁶ Cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 90.

⁸¹⁷ Celso D. de Albuquerque Mello prevê como exemplo de proteção a criação de “zonas e localidades sanitárias e de segurança organizadas para proteger dos efeitos da guerra os feridos e enfermos, os inválidos, os velhos, as crianças com menos de quinze anos, as mulheres grávidas e as mães de crianças com menos de sete anos”

DIH, não restringindo como se dará a morte aos combatentes inimigos pelos combatentes da outra tropa se não pelos meios e métodos de combate, uma vez que são considerados alvos lícitos para o inimigo, prevê dois importantes direitos quanto à captura, quais sejam: a imunidade como combatentes - pela qual passam a possuir o *status* de prisioneiro de guerra, quando capturados – e a condição de prisioneiros de guerra, qual seja, o fato de estar prisioneiro de guerra⁸¹⁸.

(ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 296).

⁸¹⁸ Cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Op. cit.*, pp. 90/92. Resumindo os direitos dos prisioneiros de Guerra Celso D. de Albuquerque Mello assim se pronuncia:

“(...) O tratamento deles deve se caracterizar pela ‘humanidade’. Haverá infração grave se algum ato praticado causar a morte ou colocar ‘em perigo grave a saúde do prisioneiro de guerra’. Não poderá ser objeto de mutilação ou de experiência médica. Devem ser protegidos de ‘insultos e curiosidade pública’. Eles continuam a gozar de direitos civis. Têm direito à assistência médica gratuita. É proibido fazer distinção desfavorável entre os prisioneiros fundamentando em raça, nacionalidade, religião, opiniões políticas ou outra fundada em critérios análogos.

Não podem sofrer tortura.

São proibidas em relação a eles as medidas de represália.

Conservam os seus objetos de uso pessoal.

No tocante ao alojamentos este deverá ter condições ‘tão favoráveis quanto os reservados às tropas da Potência detentora acantonadas na mesma região’. Os locais deverão estar aquecidos e iluminados. A alimentação deverá ‘manter os prisioneiros em boa saúde e impedir uma perda de peso ou as deficiências nutritivas’. Acrescenta ainda que ‘ter-se-á em conta igualmente o regime alimentar ao qual estão habituados os prisioneiros’. Esta prescrição é extremamente importante, como se mostrou na guerra do Vietnã, em que os prisioneiros norte-americanos em poder do Vietnã do Norte custavam em alimentação mais do que os próprios soldados vietnamitas do Norte em combate. É que se os norte-americanos recebessem a mesma ração dos vietnamitas entrariam num processo de desnutrição.

Igualmente é curioso constar da convenção a seguinte norma: ‘o uso do fumo será autorizado’. Este hoje é condenado no mundo ocidental. É verdade que a convenção é de 1949 quando não havia ainda estudos científicos conclusivos quanto à nocividade do fumo. A título de ironia, podemos escrever que se uma convenção tão detalhada quanto esta fosse realizada nos dias de hoje ter-se-ia que estipular ter a potencia detentora o dever de fazer alojamento para fumantes e não fumantes.

Deverá ser garantida pela Potência detentora ‘a limpeza e a salubridade dos campos, para prevenir as epidemias’.

Serão mantidas enfermarias ‘adequadas’ para atenderem os prisioneiros.

Será assegurada a liberdade de religião para os prisioneiros, bem como será designado um ministro para atendê-los.

A Potência detentora deverá estimular ‘as atividades intelectuais, educativas, recreativas e esportivas dos prisioneiros de guerra’.

‘Os oficiais e prisioneiros de categoria equivalente serão tratados com o respeito devido à sua patente e idade’.

Os prisioneiros ‘deverão ter condições adequadas de trabalho’. Não poderão ser empregados em trabalhos perigosos, insalubres e humilhantes. Os médicos deverão controlar a saúde dos prisioneiros visando a aptidão deles ao trabalho.

Tem direito ao pagamento de um soldo mensal realizado pela Potência detentora. Poderão ser realizadas remessa de dinheiro para complementar o referido soldo. Os prisioneiros têm direito de receberem tais remessas. Porém reivindicar indenização em virtude de ferimentos ou incapacidade resultante do trabalho realizado.

Os prisioneiros têm o direito de comunicar à Agência Central de prisioneiros a sua prisão. Tem o direito de expedir cartas e cartões. A Potência detentora poderá limitar a correspondência a um mínimo de duas cartas e quatro cartões por mês. Eles podem receber por remessa postal alimentos, vestuário e remédios. Tais ‘remessas de socorro’ serão ‘isentas de todos os direitos de entrada de alfândega e outras’. Os gastos de transporte ficarão a cargo da Potência detentora. Aensura à correspondência enviada e recebida dos prisioneiros de guerra deverá ser realizada no menor prazo possível.

As convenções de Genebra, entretanto, expressamente, não reconhecem o *status* de prisioneiro de guerra a duas categorias de indivíduos que tomam parte efetiva nos combates e, por vezes, têm participação decisiva nos destinos de uma guerra. São eles os mercenários e os espões. As duas categorias são consideradas como criminosas pelo Direito Internacional, os mercenários⁸¹⁹, pelo fato de, geralmente pouco confiáveis e indisciplinados, tornarem-se extremamente cruéis ao lutarem sem dar quartel⁸²⁰; os espões⁸²¹, talvez pelo fato de a perfídia não ser considerada como meio de combate, embora a espionagem não seja considerada um meio ilícito perante o Direito Internacional, tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz, não gozam da proteção do estatuto de combatentes⁸²².

Os prisioneiros de guerra têm o direito de apresentar às autoridades militares reclamações em relação ao 'regime de prisão a que estão sujeitos'.

Os prisioneiros têm o direito de eleger representantes junto às autoridades militares, às Potências protetoras, à Comissão internacional da Cruz Vermelha e a qualquer outro organismo que lhes preste assistência" (ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 280).

⁸¹⁹ Dispõe o artigo 47 do Protocolo I às Convenções de Genebra que: "(...)1. Os mercenários não terão direito ao estatuto de combatente ou de prisioneiro de guerra.

2. Entende-se por mercenário toda pessoa:

a) que tenha sido especialmente recrutada, no local ou no estrangeiro, a fim de combater em um conflito armado;

b) que, de fato, tome parte direta nas hostilidades;

c) que tome parte nas hostilidades motivada essencialmente pelo desejo de obter um ganho pessoal, e de fato lhe tenha sido efetivamente feita a promessa, por uma Parte em conflito ou em nome dela, de uma retribuição material consideravelmente superior à prometida ou paga aos combatentes do mesmo ponto e funções semelhantes nas Forças Armadas dessa Parte;

d) que não seja nacional de uma Parte em conflito nem residente em um território controlado por uma Parte em conflito;

e) que não seja membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito; e

f) que não tenha sido enviada em missão oficial como membro de suas Forças Armadas por um Estado que não é Parte em conflito".

⁸²⁰ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. Op. cit., p. 226-227.

⁸²¹ Dispõe o art. 46 do Protocolo I às Convenções de Genebra que: "1. Não obstante qualquer outra disposição das Convenções ou do presente Protocolo, qualquer membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito que caia em poder de uma Parte adversa enquanto realize atividades de espionagem não terá direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e poderá ser tratado como espião.

2. Não se considerará que realiza atividades de espionagem o membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito que, em favor dessa Parte, recolha ou tente recolher informação dentro de um território controlado por uma Parte adversa sempre que, ao fazê-lo, envergue o uniforme das Forças Armadas a que pertence.

3. Não se considerará que realiza atividades de espionagem o membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito que seja residente em território ocupado por uma Parte adversa e que, em favor dessa Parte de que depende, recolha ou tente recolher informação de interesse militar dentro desse território, exceto se o fizer mediante falsos pretextos ou proceder de modo deliberadamente clandestino. Além do que, esse residente não perderá seu direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e nem poderá ser tratado como espião a menos que seja capturado enquanto realize atividades de espionagem.

4. Um membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito que não seja residente em território ocupado por uma Parte adversa e que tenha realizado atividades de espionagem nesse território, não perderá seu direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e nem poderá ser tratado como espião a menos que seja capturado antes de reintegrar-se às Forças Armadas a que pertence".

⁸²² Cumpre ressaltar que a espionagem encontra tipificação penal, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, em diversos artigos do Código Penal Militar, a saber: arts. 143 e seu § 1º, 144 e seus §§ 1º e 2º, 146, 366 e 367, podendo ser assim praticada de diversas formas. Em todo caso, como criminosos, o Estado Brasileiro

No cenário dos conflitos pós “Operação Tempestade no Deserto” o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos passam a ter um enfoque bastante relevante dada a crescente privatização das guerras e a “Guerra contra o Terrorismo”, no que diz respeito ao princípio da distinção. Qual *status* dar àqueles empregados de empresas privadas de segurança que, apesar de não realizar atividades típicas de combate, pegando em armas, acompanham as tropas prestando auxílio logístico no transporte de armamentos, mantimentos e munições, ou prestando apoio técnico na utilização do material bélico? Qual, também o *status* a dar para o terrorista capturado? Como ficariam então, os casos dos narcotraficantes que “combatem” as Forças de Segurança em áreas urbanas das grandes cidades da América Latina?

Celso D. de Albuquerque Mello aduz severa crítica ao ato de os Estados denominarem aos guerrilheiros como “insurgentes terroristas”. A princípio, assevera que, como guerrilheiros, são combatentes, e como combatentes merecem o seu estatuto, sendo a postura dos Estados de denominá-los terroristas uma tentativa de deslegitimar a guerrilha que nada mais é que a estratégia de resistência dos pobres⁸²³.

Sob o pretexto da “Guerra contra o Terrorismo”, como visto, os Estados Unidos da América talvez tenham praticado um dos maiores atos de afronta aos direitos humanos da sua história. Ao considerar indivíduos como terroristas ou suspeitos de terrorismo por juntas militares, classificava-os como “combatentes irregulares” ou “combatentes ilegais”⁸²⁴ e lhes negava os mais elementares direitos humanos, tais como não ser vítimas de tortura, ter direito à ampla defesa e ser assistidos por Advogado, detenções sem provas e motivação judicial etc⁸²⁵.

respeita seus direitos e garantias fundamentais somente lhes impondo pena após respeitados o devido processo penal, garantida a ampla defesa e o contraditório.

⁸²³ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 204-221.

⁸²⁴ “Un combatiente legal es el soldado ordinario involucrado en un conflicto armado internacional el cual, una vez capturado, adquiere la condición de prisionero de guerra. La tercera Convención de Ginebra establece que un combatiente legal no tiene la obligación de dar información alguna a sus captores más allá de su nombre, rango, fecha de nacimiento y número de identificación seriada. Un combatiente legal puede ser enjuiciado por los delitos de guerra que pueda cometer, pero no por los actos ordinarios de combate – por ejemplo, por matar soldados de un ejército enemigo - . Los combatientes legales pueden esperar ser repatriados al final de la guerra. En contraste, las protecciones dispuestas para los combatientes ilegales – por ejemplo los miembros de una milicia irregular o de un cuerpo de voluntarios – son significativamente menos extensas. La Cuarta Convención de Ginebra dispone que deben ser tratados humanamente, que sus prácticas religiosas deben ser respetadas y que no pueden ser torturados ni mutilados, pero carecen de las estrictas garantías que la tercera convención de Ginebra otorga a los combatientes legales. Ni siquiera las garantías mínimas de la Cuarta Convención, según los términos expuestos de ese documento, están al alcance de prisioneros que sean ciudadanos de la parte que los tenga detenidos” (FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 33).

⁸²⁵ “(...) En ele esquema de Bush los juicios a los prisioneros de Guantánamo debían ser desarrollados ante funcionarios militares sujetos a la supervisión de un funcionario del Departamento de Defensa. Las reglas de

Por outro lado, com relação aos funcionários das empresas de segurança, observa-se que, quando não são considerados mercenários que, não obstante, não gozarem da proteção do *status* de combatentes possuem alguma proteção humanitária, por outra ficam em uma “zona jurídica cinzenta” de difícil definição, o que faz com que se imponha ao Direito Internacional Humanitário maior reflexão quanto ao conceito⁸²⁶.

Com relação aos narcotraficantes, no entender de Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em que pese sejam inimigos e às tropas em ação de GLO seja legitimado o uso letal da força, fazendo aqueles jus ao previsto no artigo 3º comum às Convenções de Genebra, não lhes deve ser assegurado o *status* de combatente, devendo ser tratados, na hipótese de captura, segundo os ditames da lei penal e processual penal⁸²⁷.

Nesse ponto, é necessário abrir um parêntese a fim de considerar como deve ser tratada essa questão sob o âmbito de implementação do Direito Internacional Humanitário ao ordenamento jurídico interno, mais notadamente ao Direito Penal Militar.

Firma-se entendimento, nesse contexto, no sentido de que a questão referente ao terrorista, ao funcionário das empresas privadas de segurança, bem como do narcotraficante que se colocam no combate devem ser abarcadas pelo Direito Penal Militar assim como o é, tradicionalmente, a questão relativa à espionagem. Nesse passo, sustenta-se, ainda, que haja no Brasil uma melhor regulação das empresas de segurança e, principalmente, a criminalização da contratação e da atuação de brasileiros como mercenários.

Realizada essa primeira ressalva, deve-se prosseguir na abordagem do tema mais importante relativo ao emprego das Forças Militares e à implementação das regras de Direito Humanitário, que é a necessidade e a proporcionalidade no uso da força e sua aplicação no contexto do Direito Penal Militar.

Uma premissa com relação ao Direito Internacional Humanitário, de constatação óbvia, é que a principal razão do princípio da distinção é que o combate deve, a princípio, restringir-se aos combatentes e aos objetivos militares. Enfermos, náufragos, feridos, civis e

prueba permitían la introducción de un rango más amplio de testimonios de oídas que lo que hubiera resultado admisible ante un tribunal federal. Cualquier medio de prueba con algún valor probatorio resulta admisible. No había protecciones frente al uso de confesiones obtenidas de manera coercitiva o incluso bajo tortura. Los acusados podían ser condenados sobre la base de pruebas presentadas secretamente al tribunal – en otras palabras, sobre la base de pruebas que ni el acusado ni su abogado habían tenido la oportunidad de controvertir -. La elección de abogado por parte del acusado estaba también estrictamente circunscrita. Además, las comisiones de Bush ponían en peligro el derecho del acusado a un juicio público, sin dilaciones indebidas, ante un jurado conformado por sus pares” (Ibidem, p.105).

⁸²⁶ Cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 147-155.

⁸²⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 288-289.

prédios, veículos, embarcações e aeronaves civis e sanitárias gozam de proteção humanitária, não podendo, a princípio, ser alvo das tropas combatentes durante os conflitos, sob pena de grave infração ao Direito de Genebra, bem como a possível configuração de crimes de Guerra.

Pelo Direito de Haia, ainda, não são quaisquer meios e métodos de combate que podem ser utilizados pelos combatentes, sendo previstas restrições, por exemplo, no sentido de se evitar armas e instrumentos que causem sofrimentos desnecessários aos próprios combatentes, sem o que a Guerra constituir-se-ia em barbárie. Ou seja, na guerra nem tudo é permitido, ao contrário do que diz o ditado, devendo ser respeitado um mínimo ético, que é o âmago da dignidade da pessoa humana⁸²⁸.

Dessa realidade, decorre o fato de que não é lícito a um Estado empregar força além da necessária para atingir seus objetivos militares, qualquer que seja o nível de decisão político, estratégico, operacional ou tático⁸²⁹. Trata-se do princípio da necessidade militar que *“implica legitimidade do ataque que se deve fazer em relação aos objetivos civis, pois a população jamais pode ser objeto de ataque, como também não pode ser usada como escudo”*⁸³⁰.

⁸²⁸ Dessa forma, a principal regra de integração do Direito Humanitária denominada Cláusula Martens, estabelece que casos de omissão “civis e beligerantes permanecem sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito internacional, uma vez que estes resultam dos costumes estabelecidos entre povos civilizados, dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública”. Extrai-se daí o princípio da humanidade, pelo qual se busca, a todo custo, e em qualquer situação, evitar e aliviar o sofrimento humano (cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 70).

⁸²⁹ Cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Op. cit.*, p. 72. Nesse passo, versa o artigo 54 do Protocolo nº I às Convenções de Genebra, ao tratar dos bens indispensáveis a sobrevivência da população civil que: “(...) 1. É proibido, como método de combate, fazer padecer de fome as pessoas civis.

2. É proibido atacar, destruir, remover ou inutilizar os bens indispensáveis a sobrevivência da população civil, tais como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, as colheitas, o gado, as instalações e reservas de água potável e as obras de irrigação, com a deliberada intenção de privar desses bens, por seu valor como meios para assegurar a subsistência a população civil ou a Parte adversa, seja qual for o motivo, quer seja para fazer padecer de fome às pessoas civis ou para provocar seu deslocamento, ou com qualquer outro propósito.

3. As proibições estabelecidas no parágrafo 2 não se aplicarão aos bens nele mencionados quando uma Parte adversa:

a) utilize tais bens exclusivamente como meios de subsistência para os membros de suas Forças Armadas; ou
 b) os utilize em apoio direto a uma ação militar, com a condição, contudo, de que em nenhum caso se tomem contra tais bens medidas cujo resultado previsível seja deixar desprovidas de víveres ou de água a população civil, de tal forma que esta se veja reduzida a padecer de fome ou obrigada a deslocar-se.

4. Estes bens não serão objeto de represálias.

5. Reconhecendo-se as exigências vitais de qualquer Parte em conflito na defesa de seu território nacional contra invasão, uma Parte em conflito poderá deixar de observar as proibições contidas no parágrafo 2 dentro desse território que se encontre sob seu controle quando o exija uma necessidade militar imperiosa” (grifos nossos).

⁸³⁰ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 281.

Nota-se, portanto que, contrabalançar a necessidade militar com a proteção de civis é tarefa bastante difícil, sendo o limiar entre alvos e meios aceitáveis bastante próximos, que será analisado a cada caso concreto. Carlos Frederico Cinelli cita, como exemplos, o caso da necessidade de um ataque à torre de uma igreja que, a princípio, é um bem cultural, mas pode haver necessidade militar de fazê-la como alvo caso seja utilizada por um franco-atirador; cita também a discussão que ocorreu entre mais de 200 advogados no que concerne ao bombardeio a uma estátua de Saddam Hussein, durante a Guerra do Iraque, que acabou por ser descartado, tendo em vista que não ficou claro por que razão contribuiria no esforço da guerra. Salienta o referido autor que o princípio da necessidade implica na indagação no sentido de se aferir que, caso haja riscos para alvos civis, se a ação é realmente necessária para dar uma vantagem significativa quanto ao esforço de guerra, ou seja, se efetivamente haverá uma vantagem militar precisa⁸³¹.

Por outro lado, os meios e métodos de combate não devem ser excessivos em relação à vantagem militar concreta a ser alcançada, devem ser, portanto, proporcionais. Isto é, quando for possível escolher entre mais de um meio ou método de combate, deve ser escolhido aquele cujo ataque represente menor risco para os civis e os objetivos civis, sendo vedadas as armas e instrumentos que causem ferimentos supérfluos e sofrimentos desnecessários⁸³².

⁸³¹ cf. CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015, p. 73.

⁸³² Estabelece o artigo 57 do Protocolo I às Convenções de Genebra que: “ 1. Na conduta das operações militares um cuidado constante deve ser tomado para preservar a população civil, as pessoas civis e os bens de caráter civil.

2. Com respeito aos ataques, as seguintes precauções deverão ser tomadas:

a) aqueles que planejem ou decidam um ataque deverão:

i) fazer tudo que seja possível para verificar que os objetivos que se planeja atacar não são pessoas civis nem bens de caráter civil, nem gozam proteção especial, que se trata de objetivos militares no sentido do parágrafo 2 do Artigo 52 e que não é proibido atacá-los pelas disposições do presente Protocolo;

ii) tomar todas as precauções possíveis na seleção dos meios e métodos de ataque para evitar ou, ao menos, reduzir de toda forma possível o número de mortos ou feridos que possam ocorrer incidentalmente entre a população civil, assim como os danos aos bens de caráter civil;

iii) abster-se de decidir de efetuar um ataque quando seja previsível que causará incidentalmente mortos ou feridos na população civil, danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas, que seriam excessivos em relação com a vantagem militar concreta e diretamente prevista;

b) um ataque será cancelado ou suspenso se se torna aparente que o objetivo não é militar ou que goza de proteção especial, ou se é previsível que o ataque causará incidentalmente mortos ou feridos entre a população civil, danos a bem de caráter civil, ou ambas as coisas, que seriam excessivos em relação com a vantagem militar concreta e diretamente prevista;

c) dar-se-á aviso com a devida antecipação e por meios eficazes, de qualquer ataque que possa afetar a população civil, exceto se as circunstâncias não o permitem.

3. Quando é possível eleger entre vários objetivos militares para se obter uma vantagem militar equivalente, optar-se-á pelo objetivo cujo ataque, segundo seja de prever, apresente menor perigo para as pessoas civis e os bens de caráter civil.

4. Nas operações militares no mar ou no ar, cada Parte em conflito deverá adotar, em conformidade com os direitos e deveres que lhe correspondem em virtude das normas do Direito Internacional aplicáveis aos conflitos

Assim, o raciocínio a ser feito quanto à necessidade militar é no sentido de se analisar, no caso particular, se a existência de vantagens suficientes em termos militares que justifiquem o ataque e, quanto à proporcionalidade, é se o dano incidental a civis que não participam do ataque é proporcional em relação à vantagem perseguida pela missão⁸³³.

Nessa esteira, vale ressaltar a importante contribuição do Juiz da Suprema Corte Israelense, Aharon Barak, que tem desenvolvido um trabalho pioneiro no sentido do papel do Poder Judiciário daquele país constantemente em conflito, em ponderar as necessidades militares e seus impactos com relação aos direitos fundamentais⁸³⁴.

Exemplo desse trabalho foi uma decisão sua no caso da construção de um muro de segurança entre território judaico e palestino no qual demonstrou que o muro poderia ter traçado diferente e, assim mesmo, atender as necessidades militares, de forma a haver a menor afronta possível a direitos fundamentais. Acentua Owen Fiss que Barak desenvolveu um “teste de proporcionalidade”, em que:

(...) avalia tanto a racionalidade instrumental como a racionalidade substantiva na ação do governo. O Juiz Barak conduz esse tipo de análise em todo tipo de casos, especialmente nos anos recentes, mas onde adquiriu mais força foi em suas sentenças sobre segurança nacional. Por essa razão, resultam particularmente iluminadoras para calibrar a resposta norte-americana ao terrorismo na época posterior a 11 de setembro. A análise instrumental se ocupa da relação entre meios e fins. Pergunta se os meios selecionados pelo governo estão racionalmente conectados com o objetivo e, o que é mais importante, se os meios selecionados representam a alternativa menos restritiva possível. Barak exige que os meios estejam estritamente desenhados para a consecução de seu objetivo, que permanecem, para usar uma metáfora, tão apertados como um traje possa permanecer em um corpo. O sacrifício em termos de valores fundamentais deve permanecer reduzido a um mínimo absoluto. Isto significa que se o governo tem um modo alternativo de alcançar seus objetivos que implica um sacrifício menor em termos de direitos fundamentais, as ações originais, mais gravosas, não serão permissíveis⁸³⁵.

armados, todas as precauções razoáveis para evitar perda de vidas na população civil e danos a bens de caráter civil.

5. *Nenhuma das disposições desse Artigo poderá ser interpretada no sentido de autorizar qualquer ataque contra a população civil, às pessoas civis ou aos bens de caráter civil”* (grifos nossos).

⁸³³ Cf. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 374-376.

⁸³⁴ FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 127.

⁸³⁵ “(...) *evalúa tanto la racionalidad instrumental como la racionalidad sustantiva de la acción del gobierno. El Juez Barak condujo este tipo de análisis en todo tipo de casos, especialmente en los años recientes, pero donde adquirió más fuerza fue en sus sentencias sobre seguridad nacional. Por esa razón, resultan particularmente iluminadoras para calibrar la respuesta estadounidense al terrorismo en la época posterior al 11 de septiembre. El análisis instrumental se ocupa de la relación entre medios y fines. Pregunto si los medios seleccionados por el gobierno están racionalmente conectados con el objetivo y, lo que es más importante, si los medios seleccionados representan la alternativa menos restrictiva disponible. Barak exige que los medios estén estritamente diseñados para la consecución de su objetivo, que queden, por usar una metáfora, tan ceñidos como un traje le pueda quedar a un cuerpo. El sacrificio en términos de valores fundamentales debe quedar reducido a un absoluto*

Muito embora não possam ser taxadas como excludentes peremptórias da ilicitude ou punibilidade das infrações às leis de Genebra, a adequação aos princípios da necessidade e proporcionalidade militares, vem sendo tida como critério legitimador das intervenções militares, mormente no contexto do emprego das Forças Armadas no cenário das “novas guerras” ou “combate assimétrico”, característica dos conflitos armados pós “Operação Tempestade no Deserto”. Tendo especial importância no que tange ao uso das Forças Armadas no combate ao terrorismo e ao crime organizado.

A doutrina do Direito Internacional Humanitário tem se debruçado diante do tema. Nesse sentido, José Luis Rodríguez-Villasante Y Prieto, discorrendo sobre o emprego das Forças Armadas no combate ao terrorismo, tomando por base a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direito Humanos especialmente no que diz respeito às insurreições, retrata a linha tênue entre o conceito de Conflito Armado Internacional e as situações de emprego policial das Forças Armadas e a dificuldade de se estabelecer se é, em cada caso concreto, o uso letal ou uso progressivo da força, defendendo a aplicação concomitante do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸³⁶.

Entre os autores brasileiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em obra inédita, também se debruçou sobre o tema, defendendo, também, a aplicação do Direito Internacional dos Conflitos Armados como forma de reforçar a proteção dos direitos humanos, às situações de empregos outros das Forças Armadas além da guerra, como as operações de Garantia da Lei e da Ordem e outras atividades subsidiárias como o policiamento das áreas de fronteira, sob o argumento de que, muito embora não se esteja tecnicamente em situação de Conflito Armado Internacional e tais atividades sejam, a princípio de policiamento, sendo em sua maior parte casos de uso progressivo da força, “o que não é permitido em situação de guerra não pode ser permitido em termos de persecução penal”⁸³⁷.

Entre os penalistas, vale ressaltar a análise feita por Jesús-Maria Silva Sánchez quanto às dificuldades no trato do caso dos terroristas nos denominados “assassinatos seletivos”, tendo em vista que os tratamentos até hoje empreendidos são insatisfatórios tanto

mínimo. Esto significa que si el gobierno tiene un modo alternativo de alcanzar sus objetivos que implica un sacrificio menor en términos de derechos fundamentales, las acciones originales, más gravosas, no serán permisibles” (FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 128-129).

⁸³⁶ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 335-388.

⁸³⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

quanto aos ditames do Direito Internacional dos Conflitos Armados quanto aos do Direito Penal e discorre sobre a possibilidade de se estruturar cláusulas excludentes como a legítima defesa e o estado de necessidade do Estado⁸³⁸.

Para além de analisar como devem ser resolvidos tais casos que envolvem essa zona cinzenta entre as missões realizadas em situações de Conflito Armado e a atuação policial de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e patrimônio, o que fugiria ao objeto do presente trabalho e o estenderia muito mais do que já está estendido, há de se reconhecer que a análise da conformidade da missão militar com os princípios da necessidade e proporcionalidade militares induz ao pensamento lógico no sentido de que aqueles que, como órgãos de persecução penal, irão se debruçar sobre ela, tenham profundo conhecimento da matéria militar, não só do Direito Militar, mas dos armamentos, meios, métodos de combate, operacional, tático, estratégico e, por vezes, até político.

Nessa esteira, não obstante se defenda que as investigações sejam realizadas por órgãos independentes das Forças⁸³⁹, principalmente nos casos envolvendo a morte de supostos terroristas ou agentes do crime organizado, que alegadamente teriam se colocado em situação hostil para com os agentes do Estado, e de danos colaterais a civis nessas operações, quer parecer que muito maior segurança e justiça no julgamento de tais casos em que se envolve a ponderação a respeito da necessidade e proporcionalidade militares, dá-se quando o órgão julgador tem composição mista, sendo formado por juízes militares e civis, com conhecimento técnico de direito militar, como no caso do escabinato brasileiro⁸⁴⁰. Percebe-se, dessa forma, como a introdução de princípios do Direito Internacional Humanitário no âmbito da jurisdição militar vai justificar a especialidade da Justiça Militar, a composição do escabinato na primeira instância e, não apenas isso, a existência, também de uma segunda instância na qual participam generais do mais alto posto da carreira, pois a ponderação da necessidade e proporcionalidade militares vai impor, muitas vezes, conhecimento aprofundado no campo político e estratégico militar, assuntos que somente generais dos mais

⁸³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo. *In Dret - Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2017. Disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/318315>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

⁸³⁹ Cf. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 358.

⁸⁴⁰ Entendemos que a questão da investigação de mortes nesses contexto por órgão independente, no caso brasileiro, seria facilmente resolvida atribuindo ao Ministério Público Militar não apenas o controle externo da atividade de polícia judiciária militar mas, principalmente, dando a esta instituição respaldo legal e material a fim de que conduza por si próprio a investigação, excluindo a possibilidade de a própria força envolvida no caso instaurar o Inquérito Policial Militar ou de conduzi-lo sem a participação do membro do Ministério Público Militar em todos os seus atos.

altos postos dominam não apenas por teoria, mas pela experiência de comando construída através dos anos e combates⁸⁴¹.

4.2.1.3. Problemas de Direito Penal, Penal Internacional no contexto do emprego de forças militares em suas novas missões no cenário das relações internacionais pós-guerra fria

Findado o tópico anterior, tratando de uma das prerrogativas do comando, que é a definição da estratégia militar, principia-se este tópico discorrendo, ainda, de comando, mas desta feita sobre outro enfoque.

Parece de clareza solar que sendo o Brasil signatário do Estatuto de Roma, ratificou-o e, ainda, fez constar expressa menção ao Tribunal Penal Internacional no seu texto constitucional que seus dispositivos e institutos devem influenciar o ordenamento interno. Em apoio a esse entendimento, argumenta Kai Ambos, por exemplo, que há uma série de peculiaridades do Direito Penal Internacional, sobretudo relacionada às diferenças dos Sistemas Jurídicos do *Common Law* e Continental e às peculiaridades da situação de conflito armado, que impõem que se construa uma Parte Geral do Direito Internacional⁸⁴². Há necessidade de aprofundamento em questões relativas às particularidades da imputação no Direito Penal Internacional; no que diz respeito a autoria e participação; na sistemática do erro; a denominada responsabilidade do superior; o tratamento da tentativa e as causas de exclusão de punibilidade etc.

Vale ressaltar, nesse contexto: no que tange à legitimação tal postura é sobremaneira importante, pois de acordo com Habermas, o caminho para uma política efetiva pela paz internacional por parte dos Estados necessariamente deve passar pela tipificação dos crimes de guerra e de agressão no âmbito interno, de forma imparcial⁸⁴³.

Assim, como primeiro instituto a exemplificar a necessária influência do Direito Internacional Público para o Direito Penal Militar em sua reforma elege-se, aqui, a “responsabilidade do comandante”, positivada através do art. 28 do Estatuto de Roma⁸⁴⁴.⁸⁴⁵

⁸⁴¹ Cf. CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.171-179.

⁸⁴² AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁸⁴³ HABERMAS, Jürgen. Una entrevista sobre la guerra y la paz. In: _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006, p. 100.

⁸⁴⁴ Dispõe o artigo 28 do Estatuto de Roma que: “*Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:*

a) *O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle*

Não cabe, entretanto, fazer-se uma análise pormenorizada a respeito da implementação do referido dispositivo no ordenamento interno brasileiro, pois fugiria ao objeto do presente trabalho, nem seria original⁸⁴⁶, mas é necessário abordar o tema em algum dos seus aspectos, a fim de demonstrar por que, necessariamente, o Direito Penal Militar merece ser tratado com certa autonomia com relação ao Direito Penal comum, aproximando-se cada vez mais ao Direito Penal Internacional.

O cerne da referida questão tem relação com a justificação da punição do comandante, em termos do aspecto subjetivo da conduta, que vê seus comandados, no contexto das operações sob seu comando, envolvidos nos crimes previstos no Estatuto. Certo é que o instituto é original do Direito Internacional Público, o que causa dificuldades no que tange à sua harmonização com os princípios dos ordenamentos jurídicos dos Estados, haja vista que “não tem nenhum paralelo nos direitos nacionais”⁸⁴⁷.

Observa-se, assim, que ao prever, no art. 28, alínea a), i), que: “(...) *Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento,*

efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal”.

⁸⁴⁵ Em sentido contrário a esse entendimento Giovanni Fiandaca pondera que colocação dos crimes de guerra em uma legislação penal militar não se justificaria ao recordar que em alguns países como a Finlândia são previstos, de forma conjunta com o Genocídio e os crimes contra a humanidade, no Código Penal comum e na Alemanha haveria uma legislação específica sobre o tema que comporta, em conjunto os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra (FIANDACA, Giovanni. *Quale specialità per il Diritto Penale Militare. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1079, jul/set.2008). Assevera-se, entretanto que a realidade, sobretudo no quadro das operações de paz, vem mostrando a necessidade cada vez mais premente da regulação desses crimes no âmbito da legislação militar.

⁸⁴⁶ Importante destacar que o assunto, inclusive, já foi tema de tese de doutorado defendida na Universidade de Brasília por Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em 2009, e publicada em 2010, já citada conforme a seguinte referência bibliográfica: PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: A Responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁸⁴⁷ Cf. AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 342.

deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes;(...)”, o Estatuto de Roma nem atende à *mens rea*, da *common law*, que gradua a culpabilidade em *intent*, *knowledge*, *Reckless* e *criminal negligence*⁸⁴⁸, nem aos conceitos de dolo de 1º grau, dolo de 2º grau, eventual e culpa, consciente e inconsciente, característicos dos ordenamentos penais dos países do Sistema Continental⁸⁴⁹.

Há divergência na doutrina quanto ao significado da expressão “deveria ter tido conhecimento”, havendo aqueles que defendem que somente deve ser entendida no sentido de dolo eventual, pois seria incongruente um tipo ser ao mesmo tempo doloso e culposo, sendo desproporcional apenas a participação culposa do comandante da mesma forma que o ato doloso de seu subordinado⁸⁵⁰. Por outro lado, há aqueles que, seguindo a Jurisprudência Internacional do ICTY, consideram que o “*critério do ‘deveria ter sabido’* (*‘shold have*

⁸⁴⁸ Os elementos subjetivos da *mens rea* podem ser facilmente visualizados no § 15.05, Código Penal do Estado de Nova York, que assim dispõe:

“(…) *Culpability; definitions of culpable mental states.* 1. *‘Intentionally’*: A person acts intentionally with respect to a result or to conduct described by a statute defining an offense when his conscious objective is to cause such result or to engage in such conduct. 2. *‘Knowingly’*: A person acts knowingly with respect to conduct or to a circumstance described by a statute defining an offense when he is aware that his conduct is of such nature or that such circumstance exists. 3. *‘Recklessly’*: A person acts recklessly with respect to a result or to a circumstance described by a statute defining an offense when he is aware of and consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that such result will occur or that such circumstance exists. The risk must be of such nature and degree that disregard thereof constitutes a gross deviation from the standard of conduct that a reasonable person would observe in the situation. A person who creates such a risk but is unaware thereof solely by reason of voluntary intoxication also acts recklessly with respect thereto. 4. *‘Criminal negligence’*: A person acts with criminal negligence with respect to a result or to a circumstance described by a statute defining an offense when he fails to perceive a substantial and unjustifiable risk that such result will occur or that such circumstance exists. The risk must be of such nature and degree that the failure to perceive it constitutes a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the situation” (apud in PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Op. cit., p. 108-109).

⁸⁴⁹ Conforme a lição de Juarez Cirino dos Santos, “o dolo direto de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo autor – a pretensão dirigida ao fim ou ao resultado típico. O fim ou resultado típico pode ser representado como certo ou possível, excluídos os resultados acidentais(...)”. Por sua vez, “o dolo direto de 2º grau compreende os efeitos secundários representados como certos ou necessários pelo autor – independentemente de serem desejados ou indesejados: os efeitos secundários da ação reconhecidos como certos ou necessários são atribuíveis como dolo direto de 2º grau, ainda que indesejados ou lamentados (...)”. Já o dolo eventual, por sua vez, tem bastante aproximação com a culpa consciente, sendo que “(...) se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional por consentir na eventual produção desse resultado”, enquanto que “(...) a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização da ação” (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 71-72). Quanto à culpa ou imprudência, em sentido lato, o referido autor salienta que “o dever de cuidado define imprudência do ponto de vista do autor individual, indicando a atitude exigida para situar a conduta nos limites do risco permitido pelo ordenamento jurídico; o conceito de risco permitido define imprudência do ponto de vista do ordenamento jurídico, indicando os limites objetivos que condicional o dever de cuidado do autor individual” (p. 86).

⁸⁵⁰ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: A Responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 249-251.

known') não exige, por um lado, a consciência do autor, mas tampouco, por outro lado, a imputação do conhecimento com base em fatos puramente objetivos”⁸⁵¹.

Para além de firmar posição num ou noutro sentido doutrinário, o problema descrito serve como exemplo da necessidade de harmonização do ordenamento interno para com o Direito Penal Internacional, percepção que envolve não apenas esse instituto, o Direito Penal Militar, o Direito Penal comum, mas também o direito processual e as normas de cooperação policial e judicial.

Com efeito, uma percepção que se tem observado na Europa, já no que tange ao Direito Penal comum em razão da criminalidade globalizada, é a necessidade de se estabelecer regras jurídicas uniformizadas de atuação a fim de serem aplicadas pelos órgãos de persecução penal dos diversos Estados membros da União Europeia tendo como desafio a necessidade de harmonização entre os sistemas da *common law* e da *civil law*.

Nesse desiderato, observa-se, por exemplo, que enquanto o Direito Penal de matriz romano-germânica desenvolveu dogmática de matriz filosófica profunda com bases finalistas, para não dizer funcionais, o Direito Penal dos países do sistema anglo-saxão está muito mais voltado à resolução pragmática dos casos, numa dogmática de base filosófica que ainda não abandonou as raízes causais. Isso, sem se cogitar da diferença no que diz respeito ao conceito analítico material do crime romano-germânico, pautado numa ação típica, antijurídica e culpável, e o conceito de crime da *common law*, praticamente processual, pautado no *actus reus*, *mens rea* e *defenses*⁸⁵².

No âmbito do Direito Militar essa necessidade de harmonização se potencializa. Na segunda metade do século XX, nota-se o crescente uso de operações militares conjuntas, tanto em razão de mandatos da ONU, como em missões decorrentes de tratados de coalizão como a OTAN. A questão da uniformização de entendimentos passa a não ser apenas uma necessidade jurídica, mas também de ordem prática, operacional, no sentido de estabelecer procedimentos e protocolos uniformizados, também no que tange aos meios e métodos de combate, razão pela qual importante valor jurídico é dado às regras de engajamento e aos tratados de coalizão⁸⁵³.

⁸⁵¹ AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 381-382.

⁸⁵² Sobre a harmonização entre as teorias dos delitos nos sistemas de *common law* e *civil law* vide BERNAL DE CASTILLO, Jesús. *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier, 2011, p. 107-224.

⁸⁵³ José Antonio Fernández-Tresguerres define as regras de engajamento nos seguintes termos: “Las ROE son las reglas para el uso legítimo de la fuerza, tienen por tanto carácter restrictivo. Son las directrices del mando, con límites y autorizaciones, para el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares antes, durante y después del

Outro dado importante referente ao Estatuto de Roma é relativo aos crimes nele previstos e o princípio que envolve a sua persecução. A princípio, como já se teve oportunidade de salientar, em razão de serem graves violações aos Direitos Humanos, a aplicação da lei penal no espaço para eles se rege pelo princípio da Jurisdição Universal⁸⁵⁴.

Tal constatação tem levado alguns países, especialmente da Europa, a inserir em seus ordenamentos penais normas a fim de reprimir tais crimes, mormente o crime de Genocídio, sejam em que território tenha sido praticado, quer por nacionais, quer por estrangeiros, causando uma série de questões jurídicas para as quais vale a ciência penal se debruçar de forma mais aprofundada e que merecem uma maior uniformização dos Direitos Penais dos Estados em harmonização ao Direito Penal Internacional⁸⁵⁵.

Como exemplo de tais casos que envolve a realidade militar, entre outros tantos, sobreleva-se um caso envolvendo militares americanos que teriam praticado crimes atos de tortura em *Abu Ghraib*, denominado *Rumsfeld Case*, no qual o Procurador-Geral alemão se viu na grande “saia justa” de causar uma crise diplomática com os Estados Unidos da América, muito provavelmente o maior parceiro comercial da Alemanha, seu aliado militar e bastante superior em termos militares, caso os denunciasse a fim de afastar a impunidade no que diz respeito a atos atentatórios aos direitos humanos. O referido caso retrata, de forma bastante delicada, os obstáculos não apenas jurídicos para a implementação de regras de Direito Penal Internacional no plano interno, haja vista que, em grande parte das vezes, envolve consequências em termos de política externa e, porque não, no plano econômico. Nessa esteira, Florian Jessberger, em interessante artigo, discorre sobre a importância de as regras de tal persecução serem bem reguladas, dando a possibilidade, inclusive, de discricionariedade ao órgão de acusação no que diz respeito ao oferecimento da ação penal. No caso concreto, a legislação penal alemã, no que diz respeito aos requisitos da propositura da ação penal, abria a possibilidade de o Procurador Geral argumentar no sentido de que

combate con beligerantes, enemigos, población civil etc. Debe significarse que las ROE no son basicamente instrumentos de naturaleza jurídica, sino operativos y que en los OPLAN no se encuentran en el anexo legal sino en uno independiente, el Anexo de las ROE, en el que se plasman también los principios legales, políticos y militares que las informan. Las ROE las ejecutan los soldados por lo tanto han de ser muy claras, facilmente inteligibles y memorizables, al tiempo que deben ser prácticas. Tienen una doble función para el cumplimiento de la misión, desde el punto de vista militar el elemento técnico que lo facilita y desde el punto de vista legal supone la referencia que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico vigente, tanto nacional como internacional” (FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, José Antonio. Reglas de enfrentamiento (ROE). In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 218).

⁸⁵⁴ LA CUESTA, José Luis de. Prólogo a la edición española. in: ESER, Albin. *Hacia un Derecho Penal Mundial*. Trad. Enrique Díaz-Aranda, Héctor Fix-Fierro, Manuel Cancio Meliá, Rocío Procel Sánchez, Said Escudero Irra, Teresa Manso Porto. Granada: Comares, 2009.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 68-72.

poderia dispor da ação, logo de início, pois nem mesmo a abertura da investigação seria inviável, diante de sua impossibilidade fática⁸⁵⁶.

A discussão que gira em torno do referido caso demonstra, também, que o órgão de acusação seja especializado e possua subsídios técnicos e jurídicos a fim de discernir os reflexos da persecução penal. Ressalta-se, assim, a importância do Ministério Público Militar que deve ser dotado de maior discricionariedade no que tange ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, sobretudo tendo em vista os reflexos que a propositura da denúncia e de sua atuação investigatória, em tais casos, pode trazer, não apenas para o âmbito do seio da tropa mas, muitas vezes, para o cenário político interno e internacional envolvido no conflito.

Ainda, no que tange às violações contra a humanidade previstas no Estatuto de Roma, é salutar tecer alguns comentários sobre um tema que vem causando perplexidade no tocante às Operações de Paz e aos conflitos armados ocorridos após a queda do muro de Berlim que é o crescente número de crimes sexuais que legitima a existência do Direito Penal Militar e impõe maior reforço desse sistema.

Inegável que a história demonstra existir uma grande ligação entre o contexto da guerra e o incremento da violência sexual. Mais que a busca do prazer, os casos de violação sexual, principalmente das mulheres habitantes dos territórios ocupados, têm relação com o ódio nutrido entre os exércitos combatentes servindo, muitas vezes, como arma de guerra.

Assim, como aponta Alicia Gil Gil:

As mulheres, vistas tradicionalmente como apêndice do homem, se percebem com frequência aos olhos dos combatentes como símbolo da propriedade pessoal do inimigo e sua honra e seus corpos se convertem em território que deve ser ocupado, como parte do botim de guerra. Por isso, como assinala Mollmann, uma política preventiva da violência sexual começaria pelo fomento da igualdade entre homens e mulheres⁸⁵⁷.

Ocorre, entretanto, em que pese o mundo esteja, desde 1945 sob a égide da Nova Ordem Mundial e haja todo um discurso dos Estados no sentido da defesa dos Direitos Humanos, percebe-se desde 1990 uma alteração, para pior, no que tange a essa criminalidade,

⁸⁵⁶ JESSBERGER, Florian. From 'Abu Ghraib' to the 'rumsfeld case'. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 423-430.

⁸⁵⁷ "As mujeres vistas tradicionalmente como apêndice del hombre se perciben con frecuencia a los ojos de los combatientes como símbolo de la propiedad personal del enemigo y su honor y sus cuerpos se convierten en territorio que hay que ocupar, en parte del botín de guerra. Por ello, como señala Mollmann una política preventiva de la violencia sexual comenzaría por el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres" (GIL GIL, Alicia. La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional. In: ZAPATATEO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2010, p. 122).

haja vista que tem sido convertida a uma arma militar de limpeza étnica, como se vislumbrou no conflito da Ex-Iugoslávia⁸⁵⁸.

Tais condutas, conforme a motivação e contexto, podem configurar tanto o crime de guerra como contra a humanidade e de genocídio⁸⁵⁹.

Tendo em vista que se trata de crimes previstos no Estatuto de Roma, informa Alicia Gil Gil que, em 2010, o Tribunal Penal Internacional se via às voltas com quatro casos, a saber: um caso envolvendo violação sexual, escravidão sexual e atentados contra a dignidade pessoal na República Democrática do Congo, em que são acusados Katanga e Ngudjolo; o caso contra Josph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen, em Uganda, envolvendo violação sexual e atentados contra a dignidade pessoal; um caso no Sudão, em que foi remetida uma resolução tendo em vista que o referido país ainda não é Estado parte; e, o caso Ahmad Muhammad Harun e Ali abd-Al-Rahman, em que também há acusações de violação sexual⁸⁶⁰.

Diante de tal realidade, o Conselho de Segurança da ONU, em 2000, aprovou a resolução nº1325, sobre Mulheres, Paz e Segurança, em que insta todas as partes envolvidas em conflito a adotar a perspectiva de gênero, documento que, apesar de bem-intencionado, foi criticado pela doutrina por não possuir medidas para dar-lhe eficácia. Em razão disso, em 2008, foi aprovada a resolução nº 1820 que aborda o tema da violência sexual no âmbito dos conflitos armados, que adota medidas no sentido de que as partes envolvidas determinem imediatamente a interrupção de atos de violência sexual e realizem a proteção dos civis,

⁸⁵⁸ GIL GIL, Alcía. La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional. In: ZAPATATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2010. Esclarecendo a extensão do problema a referida autora informa que a Comissão do Conselho de Segurança da ONU, criada para investigar e recolher provas sobre as violações de Direito Penal Humanitário bélico no referido conflito conseguiu recolher provas de 1.100 casos devidamente documentados, mas estima em 20.000 o número de casos que efetivamente tenha ocorrido no conflito. Assevera ainda, citando Bassioni, que “(...) la violencia sexual en el conflicto de la ex-Yugoslavia se caracteriza por la motivación étnica, la intención de humillar especialmente a la víctima, su familia y su comunidad entera, la extrema brutalidad utilizada, la elección en ocasiones de las víctimas entre los líderes y profesionales de una comunidad, la gestación forzada del hijo del violador y la intención de aterrorizar a la población para impedir su regreso” (op. cit., p. 123). No que tange aos efeitos nas vítimas afirma que “en el ámbito de las comunidades musulmanas la violencia sexual se presentó como un arma especialmente efectiva para la limpieza étnica pues los resultados obtenidos van más allá de lo hasta ahora descrito. En la cultura islámica la mujer que tiene relaciones fuera del matrimonio, aunque las mismas hayan sido forzadas, resulta impura. Las mujeres solteras se convierten en no aptas para el matrimonio y las casadas son expulsadas de sus familias. Aparte de estos efectos, los síntomas post-traumáticos que sufren las mujeres violadas en general hacen que en muchas ocasiones no puedan continuar cuidando de sí mismas y de sus familias con lo que el grupo sufre un grave daño además del deterioro en ocasiones irreparable de las relaciones familiares y sociales (p. 124).

⁸⁵⁹ Ibidem, p. 129

⁸⁶⁰ Ibidem, p. 146-147.

sobretudo mulheres e meninas, exigindo a responsabilização por crimes de guerra e genocídios nesses casos⁸⁶¹.

Ocorre que, mesmo nesse contexto de preocupação quanto ao incremento da incidência de crimes sexuais durante os Conflitos Armados, em recentes relatórios da ONU, datados de 2015, sobre a missão na República Centro-Africana (Minusca), observou-se a prática de crimes sexuais pelos “capacetes azuis” contra as mulheres daquela localidade, sendo inclusive necessário o repatriamento de militares, que foram identificados com o intuito de que seus países tomassem medidas firmes no sentido de sua responsabilização criminal⁸⁶².

Por essa razão, em 11 de março de 2016, por meio da Resolução n. 2272, o Conselho de Segurança da ONU reafirmou a necessidade de repatriamento dos contingentes em missão quando houver fundadas evidências de prática sistemática ou generalizada de atos de exploração sexual⁸⁶³.

Tal realidade, entretanto, não tem ocorrido com o contingente militar brasileiro deslocado para a missão de estabilização do Haiti (Minustah) e da Força Tarefa Unifil, no Líbano. Najla Nassif Palma afirma que o bom comportamento dos militares brasileiros nas referidas missões de paz decorre da boa disciplina militar fruída de uma rigorosa seleção e treinamento de alto nível recebido no Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) e, que, de forma diferente da maioria dos países, muito embora a legislação brasileira esteja defasada quanto à implementação do Tratado de Roma, o Brasil sai na frente pelo fato de ter uma Justiça Militar especializada e, sobretudo, um Ministério Público Militar que serve de fiscal das atividades praticadas pelos militares nas Forças de Paz⁸⁶⁴.

Certo é que há projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional no sentido de efetivar a referida implementação, criando alguns tipos penais e, por vezes, alterando outros no Código Penal Militar.

⁸⁶¹ GIL GIL, Alicia. La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional. In: ZAPATATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2010, p. 150.

⁸⁶² Cf. PALMA, Najla Nassif. Tolerância zero contra abusos e exploração sexuais em missões de paz. Disponível em <https://medium.com/@esmpu/toler%C3%A2ncia-zero-contrabusos-e-explora%C3%A7%C3%A3o-sexuais-em-miss%C3%B5es-de-paz-7c05cd26a8b6>. Acesso em 10 de janeiro de 2018. Notícia Kuniko Ozaki que, antes disso, o Príncipe da Jordânia Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein enfatizou a questão da criminalidade sexual no âmbito das Nações Unidas o que possibilitou alteração de entendimento no sentido da imunidade dos militares componentes das forças de paz quanto aos crimes comuns ou a remessa dos casos ao judiciário de seus países, possibilitando que tais casos sejam investigados pelo país anfitrião ou pelo departamento de Peace Keeping (in: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 89).

⁸⁶³ Cf. PALMA, Najla Nassif. Tolerância zero contra abusos e exploração sexuais em missões de paz. Disponível em <https://medium.com/@esmpu/toler%C3%A2ncia-zero-contrabusos-e-explora%C3%A7%C3%A3o-Op>. cit.

⁸⁶⁴ Idem.

Na mesma esteira, entendemos que, sob essa ótica, passa a ser um contrassenso lógico justificar a não legitimidade do sistema de Direito Penal Militar com base na proteção dos Direitos Humanos. Ora, o Direito Penal Militar, mormente nos casos em que as Forças Armadas são empregadas nas operações de paz e nas ações de garantia da Lei e da Ordem e outras atividades subsidiárias, aparece como verdadeira garantia do cidadão a fim de que o militar mal-intencionado seja dissuadido da prática de comportamentos contrários aos Direitos Humanos.

Nesse contexto de implementação, ressaltando que, considerado como legítimo o sistema criminal militar a fim de resguardar os Direitos Humanos, evidenciados nas regras de Direito Humanitário, é necessário estabelecer que Direito Penal Militar aplicar: o Direito Penal Militar em tempo de Paz ou o Direito Militar em tempo de Guerra, ou se a realidade social e do emprego das Forças Armadas não exigiria uma terceira via, intermediária, entre elas.

A título de exemplo, é digno de nota que a participação de militares italianos na campanha do Afeganistão importou na necessidade de alteração de sua legislação penal militar, sobretudo no que diz respeito ao seu Código de Guerra, a fim de torná-lo coerente com as regras de direito humanitário e de colocá-lo em consonância com o sistema de garantias e direitos individuais da legislação ordinária⁸⁶⁵.

Vale lembrar que a utilização de tropas brasileiras em operações de Paz determinadas pelo Conselho de Segurança da ONU tem sido uma tradição durante todo o século XX a qual vem sendo dada continuidade no presente século. A não implementação do Tratado do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro sujeita o país a ver diminuída sua soberania ao ter seus nacionais submetidos automaticamente à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, sendo que a sua competência é meramente subsidiária.

Para além da preocupação com relação aos crimes de guerra a que eventualmente são expostos os militares brasileiros em Operações de Paz, tem sido levantada discussão sobre qual direito penal aplicar à criminalidade comum quando nessas oportunidades. Mesmo

⁸⁶⁵ “Non è in questione, naturalmente, soltanto un problema di tecnica normativa, quanto piuttosto la individuazione, sul piano contenutistico, di uno standard mínimo di garanzie e di regole fondamentali al di sotto del quale non si può scendere, anche nell'emergenza della conflittualità. In questo senso, com la promessa sinora disattesa di una orgânica riformulazione della materia, si è mosso il legislatore, dapprima in occasione della conversione di un decreto sull'impiego dei militari italiani in Afghanistan (l. 31 gennaio 2002, n. 6), e poi in occasione della conversione di altri decreti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali (l. 27 febbraio 2002, n. 15 e minar ela disciplina del código di guerra che più apertamente si poneva in contrasto com il sistema delle garanzie ordinarie; b) stabilere l'applicazione incondizionata, nel tempo e nello spazio, delle norme di diritto umanitario che regolano l'uso della forza militare nei conflitti armati” (BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 9).

porque, diante do que dispõe o artigo 3º comum às Convenções de Genebra, há dificuldade de aplicá-las, não apenas nos casos em que se vislumbram os chamados “combatentes ilegais”⁸⁶⁶, como nos casos de Operações de Paz⁸⁶⁷.

Nesse contexto, Stefano Manacorda assevera que há sempre um risco de divergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal internacional que são sistemas relacionados à jurisdição militar⁸⁶⁸.

Nunca é demais relembrar que, quando uma Força Armada é destinada a ser empregada nas operações de *Peace Keeping*, esse emprego se faz necessário tendo em vista a total ou parcial impossibilidade de as instituições de determinado Estado anfitrião, em razão de um conflito anterior, de manter as condições mínimas de sobrevivência da população local.

A discussão que nesse caso se estabelece é sobre qual direito penal e processual penal deverá ser aplicado e qual o órgão jurisdicional a aplicar essa lei penal nos casos em que o Poder Judiciário do Estado anfitrião estiverem inabilitados a exercer sua jurisdição quanto aos crimes praticados no território ocupado, não somente quanto aos nacionais daquele Estado, mas também quanto aos crimes comuns praticados pelos militares que ali estão em missão, devendo haver especial atenção para o fato de que sempre é muito difícil responsabilizá-los, gerando impunidade.

Surgem, assim, segundo Kuniko Ozaki, três espécies de questões: *i*) a primeira relativa à responsabilidade criminal dos agentes públicos; *ii*) a questão da impunidade nos locais em que o sistema legal está comprometido; e, *iii*) quanto à submissão à jurisdição militar dos componentes da Operação de *Peace Keeping*⁸⁶⁹.

A prática internacional utiliza-se de acordos para cada uma das missões estabelecidas⁸⁷⁰, mesmo porque não vale a regra da imunidade criminal para os militares

⁸⁶⁶ Uso na repressão ao terrorismo e à criminalidade organizada, principalmente o narcotráfico.

⁸⁶⁷ MANACORDA, Stefano. Entre la guerre et la paix: le droit penal en quête de sa place. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 80.

⁸⁶⁸ “*En définitive, qu’il s’agisse du droit des droits de l’homme, du droit international humanitaire ou du droit penal international, avec toutes les imbrications d’un secteur à l’autre, ainsi que les risques de divergence qui y sont inhérents, il nous semble que l’encadrement international de nos sous-systèmes de justice militaire est loin d’être définitivement acquis*” (MANACORDA, Stefano. “Op. cit., p. 80).

⁸⁶⁹ OZAKI, Kuniko. Criminal law protection and accountability of participants in peacekeeping operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 81.

⁸⁷⁰ Notícia Stefano Manacorda que em diversas operações, sobretudo da OTAN, os Estados elegem em seus tratados as regras relativas à jurisdição que devem constar das regras de engajamento (MANACORDA, Stefano. Op. cit., p. 77).

empregados na missão da mesma forma que para os militares observadores e os agentes civis diplomáticos⁸⁷¹.

Nesse diapasão, a doutrina vem defendendo a unificação de procedimentos que respeitem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Conflitos Armados e as normas de Direito Penal Internacional, como também a utilização de escabinatos como a forma mais célere e eficaz a diminuir a sensação de impunidade e dar legitimidade à permanência dos militares do Estado cedente no território do Estado anfitrião⁸⁷².

Deve-se, entretanto, fazer algumas distinções quanto às circunstâncias que envolvem a operação de paz, haja vista que, como já se teve oportunidade de pontuar, cada uma difere da outra, podendo, inclusive, afirmar-se que houve, no decorrer dos anos, uma evolução no que tange, inclusive, a possibilidade do emprego da força.

A primeira consideração a se fazer é quanto ao consentimento ou não do Estado Anfitrião, ou se se trata de Estado falhado, aquele em cujo território será realizada a Operação de Paz. Nos últimos casos, costumeiramente, não se trata propriamente de *Peace Keeping*, mas de *Peace Making* ou *Peace Enforcement*. O mandato da ONU é para que se imponha a paz na situação de conflito. Nesses casos, nos quais o Brasil, por força de disposição constitucional costumeiramente não participa, geralmente o Estado Anfitrião não abriria mão de ter jurisdição sobre os crimes praticados em seu território, razão pela qual não se cogita em imunidades. Por outro lado, tão pouco, os Estados participantes da Operação se sentiriam a vontade de não aplicar seu direito penal sobre sua tropa ali empregada.

Outra situação é aquela na qual há consentimento do Estado Anfitrião, mas esse não tem quaisquer condições de manter seu Poder Judiciário em condições de atuar, característica das operações de *Peace Keeping* tradicionais e robustas. Nessas situações, o consentimento implica imunidade dos militares membros da Operação de Paz⁸⁷³.

E se as operações forem conjuntas? Qual direito material ou processual a aplicar? Sobre que Estado recairá a jurisdição e qual a sua natureza? Todas essas questões têm sido objeto de questionamentos da doutrina especializada e têm feito parte constante das

⁸⁷¹ Kuniko Ozaki afirma que há três classes de indivíduos componentes às missões de paz: componentes civis; civis e militares observadores e os militares componentes.

⁸⁷² GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve. Fonctions de police judiciaire des forces armées a l'étranger. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 102.

⁸⁷³ Cf. SCHÜLLER, Andreas. Can the international criminal court prosecute military personnel of United Nations Peace Support Operations? In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 175.

negociações quando do estabelecimento das regras de engajamento e dos acordos de coalisão, necessitando-se que se desenvolvam regras claras e unificadas quanto a isso.

Nas situações que envolvem operações de paz de *Peace Keeping*, *Peace Enforcement* ou *Peace Keeping* robustas, estando ou não o Estado Anfitrião de acordo com a operação, defende-se ser legítimo que os Estados que participam da missão apliquem sua lei penal militar e também sua lei penal comum, não apenas aos seus militares, bem como a todos aqueles que pratiquem crimes no teatro de operações. Assim como em situações de guerra declarada, está em jogo o sucesso do mandato da operação da ONU e o dever que todo Estado tem de impor a observância dos Direitos Humanos nos territórios sob sua responsabilidade⁸⁷⁴.

Nessas condições, nada impede que sejam deslocados os Conselhos de Guerra a fim de acompanhar a tropa. Tal medida visa, inclusive, a dar maior legitimidade à missão, e vem sendo utilizada por alguns países e também defendida por parte da doutrina.

A mesma ideia permanece quando, em que pese haja consentimento por parte do Estado anfitrião, não há condições mínimas de funcionamento do seu Poder Judiciário, como ocorreu, inclusive, no caso do Timor Leste, em que o Brasil enviou juízes auditores e defensores públicos da União, a fim de colaborar com o exercício de jurisdição no momento de reestabilização do país.

Maiores dificuldades não de haver no que tange o emprego de Operações de Paz de *Peace Keeping* tradicionais com o consentimento do Estado Anfitrião. Nesses casos, a solução melhor é a pactuada⁸⁷⁵. Há notícias nas quais, principalmente em Operações conjuntas, os Estados colaboradores renunciaram a sua jurisdição em favor da jurisdição local. No entanto, pontua-se aqui, ser a melhor solução aquela no sentido de que ao Estado anfitrião cabe julgar seus nacionais e os estrangeiros pelos crimes comuns praticados em seu próprio território e aos Estados participantes da missão cabe julgar os seus militares pelos crimes militares por eles cometidos naquele país. Tal solução impede que a população local do país em crise veja como ilegítima a presença daquela tropa que busca a manutenção da paz naquele território vítima da crise humanitária.

De todo modo, há que se cogitar, se não no deslocamento do órgão da Justiça Militar que acompanha a missão, no acompanhamento por um promotor de justiça

⁸⁷⁴ Cf. CRUCIANI, Andrea. Applicable law in Peace support operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 191-192. Ressalta o referido autor que, em 2001, a Turquia foi responsabilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos por não aplicar os Direitos Humanos em território da Ex-Iugoslávia por ela ocupado.

⁸⁷⁵ GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve. Fonctions de police judiciaire des forces armées a l'étranger. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. Op. cit., p. 109.

especializado, a fim de fiscalizar a atuação da polícia judiciária militar e mesmo de auxiliá-la, nas investigações, com o escopo de que não haja impunidade⁸⁷⁶.

Nesse aspecto, dado importante é que, a realidade das Operações de Paz conjuntas tem imposto, se não a uniformização da legislação processual penal militar europeia, uma uniformização no que diz respeito à investigação dos crimes cometidos em seu contexto. Hoje, não obstante haja diferenciação entre os países da União Europeia no que diz respeito ao seu sistema de Direito Penal e Processual Penal Militar, no concerne às investigações nota-se a utilização do Código de Ética da Polícia Europeu⁸⁷⁷.

Por fim, como último exemplo de influência do Direito Penal Internacional sobre o Direito Militar temos um assunto que, não obstante não envolver nem o Direito Internacional Humanitário, nem o Direito Internacional dos Direitos Humanos e nem o Tribunal Penal Internacional tem relação estrita com a atuação da força naval: trata-se da questão da Pirataria, tema tradicional⁸⁷⁸ do Direito Penal Internacional que ressuscitou nos últimos anos em razão, sobretudo, da atuação de navegadores Somalis⁸⁷⁹.

O Direito Internacional Público impõe aos Estados o dever de coibir a Pirataria em alto-mar tendo em vista o terror que tal prática impinge à navegação e ao livre comércio entre as Nações, em águas em que não há jurisdição⁸⁸⁰.

Carmen Gómez Rivero defende que a persecução do referido crime deva ser da competência do Tribunal Penal Internacional, mas que nada impede e, aliás, seria importante que os Estados regulassem a matéria, que também teria relações com o terrorismo, no seu direito interno⁸⁸¹.

Vislumbra-se, entretanto, que não há uma polícia naval internacional, devendo ficar a persecução, ou pelo menos a repressão, de tais crimes por conta da marinha de cada Estado. Urge que o direito interno se desenvolva no sentido de regular a matéria que, aqui se

⁸⁷⁶ Tal medida se defende, também nos casos que envolvem operações de Garantia da Lei e da Ordem, no contexto de implementação da Segurança Interna.

⁸⁷⁷ GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve. *Fonctions de police judiciaire des forces armées a l'étranger*. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, p. 103.

⁸⁷⁸ Afirma Gerry Simpson que a Pirataria foi o primeiro crime internacional sob o qual o Direito Internacional Público se debruçou e que os piratas foram, efetivamente, os primeiros “inimigos da humanidade” que se tem notícia (SIMPSON, Gerry. *Law, War & Crime*. Malden. Polity Press, p. 159, 2007).

⁸⁷⁹ Cf. GÓMEZ RIVERO, Carmen. *La repressión penal de la piratería marítima. Bases para a oportunidad de una reforma*. In: ZAPATATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla -La Mancha, 2010, p. 56.

⁸⁸⁰ Carmem Gómez Rivero assevera que o artigo 19 da Convenção de Genebra sobre naufragos e o artigo 100 da Convenção de Montego Bay delinham tal cooperação internacional (Cf. GÓMEZ RIVERO, Carmen. *Op. cit.*, p. 55).

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 53-75.

defende, em que pese não tenha as nuances próprias do direito penal militar, somente a jurisdição militar terá condições de melhor analisar, haja vista sua proximidade com as especificidades da marinha e pelo fato de inevitavelmente ser a autoridade naval quem exercerá o papel de autoridade de polícia no sentido de coibir, investigar e mesmo prender em flagrante os piratas.

4.3. A EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA

A questão da extensão da competência da Justiça Militar da União para julgar também as ações envolvendo atos disciplinares militares, assim como ocorre nas justiças militares estaduais, tem seus convenientes e inconvenientes, que devem ser bastante ponderados em tempos em que se procura um Estado mais eficiente e de orçamentos curtos.

Por um lado, a extensão da competência traria maior poder político à Justiça Militar da União e seria condizente com a gênese dessa Justiça que, quando partia do Executivo, não só julgava a referida matéria em conjunto com as causas criminais, mas servia de apoio ao Imperador e seus generais, emitindo pareceres nas questões administrativas relativas às Forças Armadas⁸⁸². Por outro lado, pode significar a anulação dos seus principais diferenciais, que são justamente a sua eficiência e celeridade, uma vez que receber as causas de natureza disciplinar implicaria acúmulo de serviço para o qual a estrutura da Justiça Militar da União ainda não estaria preparada.

Dado relevante para demonstrar tal situação é que, recentemente, diante dos inúmeros casos de prescrição nas justiças militares estaduais, foi aventada pelo então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Joaquim Barbosa, a hipótese de extinção das referidas justiças, criando-se, inclusive um grupo de estudos para isso⁸⁸³.

⁸⁸² Cf. BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. *Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no Tribunal mais antigo do Brasil*. São Paulo: Lettera.doc, 2010, p. 29.

⁸⁸³ Cf. POMBO, Bárbara. *Extinção de tribunais militares estaduais*. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/extincao-de-tribunais-militares-estaduais-09122014>> Acesso em 10 de janeiro de 2018. Após o referido estudo observou-se que o alto índice de prescrições foi pontual na Justiça Militar do Estado de Minas Gerais no ano de 2010 e que o Estado que apontava o maior índice de prescrições de crimes militares era o de Goiás, que não possui Tribunal de Justiça Militar. É o que se pode notar de tópico da conclusão do relatório: “Por fim, considerando o índice de prescrição dos Tribunais calculado a partir da situação percebida nas Auditorias Militares de 10 Estados e nas Auditorias Militares da União, deliberou-se, também, pelo encaminhamento dos autos à Corregedoria Nacional de Justiça, a fim de que seja analisada a necessidade de realização de inspeções específicas nas Auditorias Militares, especialmente no Tribunal de Justiça de Goiás, que apresentou altíssimo índice de prescrição entre os anos de 2010 e 2012, conforme gráficos 4 e 5 de fls. 48/49” (DIAGNÓSTICO DA JUSTIÇA MILITAR FEDERAL E ESTADUAL – 2014 - RELATÓRIO FINAL GRUPO DE TRABALHO - PORTARIA N.º 216, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2013, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, p. 81).

O referido grupo de estudos concluiu seus trabalhos em 17 de novembro de 2014, com a disponibilização do relatório pela Conselheira Luiza Cristina Frischeisen aos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunais de Justiça Militar, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral da Justiça Militar.

No referido relatório, o Grupo de Trabalho concluiu:

1. Que a competência dos órgãos judiciais militares é restrita, excepcional e funcional, e que, portanto, deve estar limitada às infrações cometidas dentro do âmbito estritamente castrense pelo pessoal militar, razão pela qual da mesma forma que a justiça militar estadual desde a emenda constitucional 45/2004, a justiça militar federal deve julgar somente militares, excluindo-se a sua competência para julgar civis; 2. Que existe a necessidade, sob o ponto de vista econômico e da eficiência do sistema judicial brasileiro, de uma reestruturação da Justiça Militar e a ampliação da sua competência, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição da União e dos Estados, a fim de que passem a processar e julgar, além dos crimes militares definidos em lei praticados, respectivamente, por militares das Forças Armadas e militares estaduais, questões relacionadas ao regime e à carreira militar; 3. Que há necessidade de se adequar a estrutura e equalizar a carga de trabalho da Justiça Militar àquela observada nos outros ramos da Justiça, procedendo-se à diminuição do quantitativo de Ministros integrantes do Superior Tribunal Militar; 4. Por fim, que há necessidade de se proceder à especialização da Justiça Comum Estadual para a instrução e julgamento de processos de competência militar, fato este que, por si só, reduzirá substancialmente o custo por processo, o que poderá importar na extinção dos Tribunais de Justiça Militar Estaduais, com a consequente criação de Câmaras Especializadas, mas não necessariamente exclusivas dentro da estrutura dos Tribunais de Justiça dos Estados⁸⁸⁴.

Além da incongruência de um grupo de trabalho iniciado em razão de, supostamente, haver muitos casos de prescrição em referidos ramos do Poder Judiciário acabar por concluir no sentido da necessidade de atribuir mais trabalhos aos referidos ramos, o relatório aponta diversas inconsistências teóricas já apontadas nesse trabalho como a de utilizar a expressão “exclusivamente castrense”, termo utilizado na Constituição Espanhola e não na brasileira, a fim de delinear a competência da Jurisdição Militar da União excluindo dela o julgamento, já excepcional de civis. A terceira inconveniência é a ideia de se especializar as Justiças comuns com a matéria militar, a fim de extinguir os Tribunais de Justiça Militares nos estados onde esses já existem, assunto que será tratado no último capítulo da presente investigação. Por enquanto, tratar-se-á da única ideia do Relatório que se demonstra razoável, a extensão da competência da Justiça Militar da União para o julgamento das questões administrativas militares, como já ocorre com a Justiça Militar estadual em

⁸⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico da Justiça Militar Federal e Estadual – 2014 - Relatório Final Grupo de Trabalho - Portaria n.º 216, de 29 de novembro de 2013. Brasília: CNJ, p. 79-80.

decorrência da alteração ao art. 5º da Constituição da República operada pela Emenda Constitucional 45/2004.

4.3.1. Direito Disciplinar Militar e Direito Penal Militar – Distinção Sistêmica

Como já mencionado no tópico anterior, há movimento no sentido de que a Justiça Militar da União, assim como já ocorreu com as Justiças Militares estaduais⁸⁸⁵, estenda sua competência ao julgamento dos atos disciplinares aplicados aos militares das Forças Armadas, acrescida ainda às causas referentes seu regime e carreira⁸⁸⁶.

De certa forma, a imagem que transparece da referida mudança representaria um retorno à competência do Superior Tribunal Militar quando este ainda era o Conselho Supremo Militar da época do Império, em que julgava, como já repisado, não apenas a matéria penal, mas as diversas questões disciplinares, administrativas e até cíveis, envolvendo os militares e, ainda, servia de órgão consultivo ao Imperador. Na época, importante lembrar, a Justiça Militar da União era pertencente ao Poder Executivo do Estado.

Se a ideia é estender a competência, exceto quanto ao acúmulo de serviço e a preocupação com a morosidade dos processos criminais e disciplinares, justamente um dos fatores que motivaram as reformas dos processos no final do século XIX e início do Século XX, a princípio, numa primeira análise, não haveria óbice no que diz respeito a tal desiderato e, da mesma forma como ocorre na seara criminal, aproveitar-se-ia a especialização dos seus juízes para julgamento da intrincada matéria cível e administrativa militar.

Mas, aprofundando melhor a presente análise, surge questão fundamental a ser discutida, nesse tópico, que é a referente à matéria disciplinar, enfatizando o fato de que, após a Emenda Constitucional nº 45/2006, o Poder Constituinte derivado já deu tratamento diverso à competência da Justiça Militar da União, atribuindo à Justiça Militar Estadual julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares. Importante frisar que quis a reforma introduzida pela referida Emenda, que a Justiça Militar Estadual estendesse sua competência para o julgamento, também, das ações judiciais contra os atos disciplinares militares, que antes eram julgados pelas Varas das

⁸⁸⁵Assim dispõe o § 4º do artigo 125 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “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”.

⁸⁸⁶ Dessa forma, estender-se-ia jurisdição da Justiça Militar da União a questões que atualmente não são abordadas pela Justiça Militar estadual, conforme preconiza projeto de Emenda Constitucional anexo ao relatório do CNJ sobre a Justiça Militar da União e Justiças Militares Estaduais, em 2014, já citado.

Fazendas Públicas dos Estados, e não as transgressões disciplinares, em si, dos militares estaduais.

Esta investigação é de suma importância para a discussão da legitimidade sistêmica do Direito Penal Militar tendo em vista que este é, por tradição, um subsistema do ordenamento jurídico estabelecido para dar reforço ao sistema disciplinar militar⁸⁸⁷, pois quem tem a função de defender a Pátria ou proteger os Direitos Fundamentais do Cidadão tem de obedecer de forma muito mais rigorosa os deveres de sua conduta e pautar-se por uma observância absolutamente estrita das normas da ética e da honestidade⁸⁸⁸.

O sistema disciplinar militar, por si só, é um sistema sancionatório que existe a fim de assegurar o cumprimento dos princípios e regras inerentes à vida militar e dar eficiência às Forças Armadas no desenvolvimento das missões a elas atribuídas pela Constituição. Tal é a relevância e o nível de eficácia do referido subsistema que há entendimentos no sentido de que a eficiência das Forças Armadas seria melhor tutelada, sobretudo diante da profissionalização dos contingentes militares, se melhor aperfeiçoado o sistema disciplinar militar⁸⁸⁹, reservando-se a jurisdição penal militar somente aos períodos de guerra⁸⁹⁰.

Aliás, como já se teve oportunidade de pontuar, nos países em que ocorreu a extinção da justiça militar em tempo de paz, fenômeno que se percebeu foi uma reforma do sistema disciplinar militar, ocorrendo, em alguns casos, inclusive, a manutenção de sanções restritivas à liberdade de locomoção, como por exemplo, no caso da Alemanha.

Nesse contexto, não é demais ressaltar que, não obstante a restrição da liberdade de locomoção como sanção disciplinar militar tenha sido abolida em diversos países do

⁸⁸⁷ Francisco Javier de León Villalba assinala, inclusive, que é essa uma das razões pelas quais os tratadistas do tema justificam a função de prevenção geral negativa da pena e a pena de morte no Direito Penal Militar, nas palavras do referido autor: “*En este sentido, la línea de comentario de los escasos tratadistas del tema, viene definida por la evidencia de la necesidad de demostración y afianzamiento de la disciplina castrense, lo que refuerza la búsqueda de prevención general negativa y el aplacamiento de cualquier ímpetu indisciplinario, al tiempo que el reforzamiento, según estos autores, mucho más necesario en este ámbito de la norma militar. Este hecho permite explicar el mantenimiento de instituciones como la pena de muerte hasta 1995 y prácticas legales como la aplicación de sanciones privativas de libertad para ilícitos leves, la mutilación de las alternativas a dichas penas y la relajación en la utilización de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*” (LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar. In: _____. (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 20).

⁸⁸⁸ CORRALES ELIZONDO, Agustín. Garantías materiales en el régimen disciplinario de la Guardia Civil. In LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (coord.). Op. cit., p. 219.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 268.

mundo, como é o exemplo da Itália⁸⁹¹, no Brasil a referida sanção ainda remanesce, sendo muitas vezes mais rigorosa e eficaz que a própria sanção penal⁸⁹².

Discute-se, entretanto, qual seria a natureza jurídica da infração disciplinar e sua diferença para com a infração penal, uma vez que se a norma penal é reforço do direito disciplinar, e não poderia, em tese, com ele se confundir como, aliás, pacificado pela doutrina e jurisprudência brasileira, exceto pelo fato de o servidor público ser absolvido na seara criminal tendo reconhecida na sentença a inexistência do fato ou que não foi autor ou partícipe deste⁸⁹³.

No âmbito do Direito Militar, a análise de tal questão não se dá de forma tão simples quanto na esfera comum. Aliás, o assunto faz reacender o tema do Sistema Integral de Direito Penal que vem sendo estudado pela Dogmática Penal alemã, já abordado em capítulo anterior da presente investigação.

Necessário, entretanto, fazer um breve parêntese, a fim de rememorar alguns conceitos.

Deve-se lembrar que, de forma bem singela, o principal questionamento dos autores alemães que se debruçaram sobre o tema do Sistema Integral de Direito Penal é no sentido de qual seria o conceito material de crime e, portanto, o que justificaria a imposição de uma pena Estatal, haja vista que o conceito analítico de crime, baseado em um sistema hermético e fechado, desenvolvido pela dogmática não seria suficiente para debelar a crise de eficácia e de legitimidade decorrente dos paradoxos da Sociedade de Risco. Ou seja, o Sistema Jurídico Penal deveria estar aberto aos influxos de Política Criminal extraídos das finalidades que o Estado Democrático de Direito indica através da Constituição a fim de que construa um conceito material de crime condizente com as necessidades da realidade social.

O Legislativo extrairia da realidade os fatos sociais danosos e a partir dos fins e arcabouço valorativo constitucional, levando em consideração critérios de merecimento e necessidade de pena, elegeria e tipificaria condutas que serviriam de base para o Poder Judiciário, analisando concretamente uma ação específica, não apenas julgar se esta seria contrária ao direito e se ao agente era possível conformar-se ao direito nas circunstâncias em que o injusto típico foi praticado, mas também se não haveria algum impeditivo de ordem

⁸⁹¹ Cf. BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 61.

⁸⁹² Vide o fato de que alguém, quando condenado na justiça penal militar à pena menor de 2 (dois) anos, tendo bons antecedentes e se sua conduta não estiver entre os crimes previstos no art. 88 do Código Penal Militar, terá direito ao *sursis* e poderá nunca ter de ser recolhido à prisão. Enquanto isso, o sistema disciplinar militar possibilita que, por exemplo, um militar que tenha faltado ao serviço seja recolhido ao xadrez, sendo essa, inclusive, considerada como uma sanção educativa.

⁸⁹³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 499.

constitucional, processual, ou mesmo, no âmbito de aplicação da pena que impediria a punição.

Feito esse parêntese, sobressai-se a legitimação da autonomia da jurisdição castrense quando se analisa a distinção sistêmica entre o sistema sancionatório disciplinar e o sistema penal militar sob o viés dogmático do Sistema Integral de Direito Penal.

Parece um mantra da doutrina administrativista que não há interferência entre a esfera penal e a esfera disciplinar, exceto no caso em que a sentença absolutória criminal é fundada na inexistência do fato ou na prova de que o acusado não foi seu autor ou partícipe⁸⁹⁴. A esse entendimento a jurisprudência é, também fiel⁸⁹⁵. Tal entendimento é intrinsecamente ligado a outro postulado fundado no Princípio da Separação dos Poderes, no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, no que diz respeito aos critérios de conveniência e oportunidade, mas tão somente à sua legalidade⁸⁹⁶.

Sendo assim, a princípio, infração disciplinar e crime seriam fenômenos jurídicos de natureza bastante diversa e não haveria razões para maiores inquietações com relação aos referidos conceitos, estando bem delineadas as hipóteses de atuação ora do Poder Judiciário, ora da Administração.

No Direito Militar, não é bem assim.

A primeira constatação que se deve fazer é que, no âmbito valorativo, na maioria dos casos da seara militar, os bens jurídicos infringidos pela infração disciplinar em nada diferem da infração penal, a não ser pela gravidade da lesão⁸⁹⁷, ou seja, pelo critério quantitativo, sendo “que as distinções entre o ilícito penal e o administrativo são meramente formais, sem que existam critérios qualitativos diferenciadores entre os delitos ou faltas e suas penas e infrações administrativas e suas sanções”⁸⁹⁸.

Como já se teve oportunidade de afirmar, aliás, tal diferença não se faz nítida no sistema anglo saxão⁸⁹⁹. Nos ordenamentos que adotam Códigos Integrais, em que se mesclam

⁸⁹⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 505-506.

⁸⁹⁵ Nesse sentido: STF - MS 32.806/DF; STF - RMS 31515 Agr SP; STF - MS 22.899 Agr/SP, e STF - MS 20.947/DF.

⁸⁹⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 506.

⁸⁹⁷ O que acontece também com o sistema disciplinar do servidor público civil.

⁸⁹⁸ Cf. CORRALES ELIZONDO, Agustín. Garantías materiales en el régimen disciplinario de la Guardia Civil. In: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 57.

⁸⁹⁹ Nesse sentido Corrales Elizondo, tratando do sistema anglo-saxão pontua que “*si nos trasladáramos al mundo anglosajón y abordáramos el estudio de su Derecho militar (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Israel) se podría hablar de una refundición de conceptos, hasta el punto de que bajo la rubrica disciplinaria se contempla todo tipo de conducta sancionable en el ámbito militar, al utilizarse verdaderos delitos en sentido próprio*” (CORRALES ELIZONDO, Agustín. Op. cit., p. 57-58).

normas de Direito Penal, Processo Penal e de Direito Disciplinar, também não se tem uma delimitação, exceto por categorias formais, como a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, entre o que é crime e o que é disciplinar.

O questionamento relativo à referida diferenciação fica ainda mais tormentoso quando se observa que algumas garantias próprias dos Direito Penal e Processual Penal⁹⁰⁰ passam a ser reconhecidas, também, como necessárias e subsidiárias ao sistema disciplinar, como a tipicidade, o contraditório, a ampla defesa, a garantia da motivação das decisões, a garantia do prazo razoável etc., e até o *Habeas Corpus*, o qual expressamente veda a Constituição da República⁹⁰¹.

Nesse contexto, inclusive, começa a ruir o argumento no sentido de que em razão do Princípio da Separação dos Poderes não seria dado ao Poder Judiciário interferir no mérito administrativo quando, em razão do sistema de garantias da Constituição, o apego aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade começam a ser justificativas para a anulação de punições mal atribuídas pela Administração⁹⁰².

Além disso, discute-se, na Europa, se autoridades administrativas teriam atribuição constitucional para cercear a liberdade de locomoção do cidadão militar, sem que tal medida seja apreciada pelo Poder Judiciário⁹⁰³. Tal questionamento é de tal monta que na Alemanha, como já abordado no presente trabalho, toda prisão disciplinar passa pelo crivo homologatório de um juiz da “justiça” disciplinar militar alemã.

No Brasil, muito embora a Jurisprudência do Superior Tribunal Militar seja firme no sentido da separação entre as esferas disciplinar e penal⁹⁰⁴, é importante fazer a ressalva no sentido de que, com base no disposto no artigo 14 do Decreto 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército)⁹⁰⁵, que constitui o Regulamento Disciplinar do Exército, a Corte

⁹⁰⁰ MADRIGAL, Salvador Calderón. Las garantías materiales en el derecho sancionador militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 48.

⁹⁰¹ Art. 142, § 2º, da CF.

⁹⁰² Cf. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261-263.

⁹⁰³ Cf. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar. In: _____ (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 11.

⁹⁰⁴ Nesse sentido: STM – AP nº 2-05.2016.7.07.0007/PE; STM - AP nº 37-62.2016.7.07.0007/PE; STM - AP nº 64-19.2015.7.09.0009/DF.

⁹⁰⁵ Versa o art. 14 do Decreto Federal nº 54.346/2002: “Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

§ 2º As responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente.

Superior Castrense, na apelação nº 24-39.2014.7.03.0203, adotou entendimento no sentido de que, uma vez punido disciplinarmente o militar por determinado fato com sanção disciplinar de prisão, extingue-se a punibilidade pelo crime militar, sobretudo se a pena criminal não redunde efetivamente na pena corporal⁹⁰⁶.

De toda forma, entende Telma Angélica Figueiredo que:

Se um militar, por um mesmo fato, houver sofrido punição disciplinar e, após receber condenação por prática de delito militar, o tempo da pena disciplinar privativa de liberdade cumprido deverá ser computado, ocorrendo detração penal, para evitar *bis in idem*, não admitido em Direito⁹⁰⁷.

§ 3º As responsabilidades cível e administrativa do militar serão afastadas no caso de absolvição criminal, com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria.

§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.

§ 6º Quando, por ocasião do julgamento do crime, este for descaracterizado para transgressão ou a denúncia for rejeitada, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.

§ 7º É vedada a aplicação de mais de uma penalidade por uma única transgressão disciplinar.

§ 8º Quando a falta tiver sido cometida contra a pessoa do comandante da OM, será ela apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o ofendido.

§ 9º São equivalentes, para efeito deste Regulamento, as expressões transgressão disciplinar e transgressão militar”.

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica também possui dispositivos semelhantes, sendo entretanto, mais conciso: “art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento.

Distingue-se do crime militar, que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

Art. 9º No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.

Paragrafo único. A transgressão disciplinar apreciada para efeito de punição quando da absolvição ou da rejeição da denúncia da Justiça”.

⁹⁰⁶ “Aperação dupla. Defesa: Preliminar de nulidade processual. Rejeição. Inteligência dos arts. 378 e 379 do CPPM. MPM: Lesão Corporal Culposa. Art. 210 do CPM. Descaracterização dos requisitos do crime culposo. Aplicação sanção disciplinar administrativa. Princípio da Proporcionalidade. Provido apenas o apelo defensivo.

Preliminar: Arguição de preliminar de nulidade processual. Juntada de documentos requerida pelo Órgão Ministerial em sede de Apelação. Embora seja incomum, é permitida a juntada de documentos em qualquer fase do processo, ex vi dos arts. 378 e 379, ambos do CPPM. Ausência de nulidade, pois não houve prejuízo ou surpresa para a Defesa, que se manifestou, previamente, sobre os documentos. Art. 499 do CPPM.

Decisão Unânime. Mérito. Lesão Corporal causada por brincadeira da cama-de-gato entre jovens militares. Condenação na 1ª Instância somente de um dos Corréus. Constatação da aplicação anterior de sanção disciplinar pela Administração Militar ao outro Corréu. Defesa postulou pela absolvição de modo similar a do outro Corréu. Reforma da Sentença, pela não caracterização dos requisitos do crime culposo. Também, por já terem ambos os Corréus cumprido punição administrativa pelo mesmo fato. Equilíbrio e segurança jurídica na aplicação da mesma sanção a ambos os Réus, pela prática do mesmo fato, consentânea com os critérios de proporcionalidade.

Apelo Ministerial desprovido e Apelo da Defesa provido. Decisão unânime” (STM, Ap. 0000024-39.2014.7.03.0203/RS, Rel. Min. José Barroso Filho, Rev. Min. Alvaro Luiz Pinto, j. 23/09/2015, DJE 08/10/2015) (grifo nosso).

⁹⁰⁷ FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilicitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

Tal entendimento é de certa forma semelhante à situação descrita por Jürgen Wolter de renúncia à pena por lesão de direitos fundamentais do agente, concebida na construção teórica do sistema de Direito Penal Integral⁹⁰⁸.

De fato, da apreciação entre os sistemas não há, além do fato de ser aplicado por autoridades estatais diversas e da gravidade das infrações, diferença substancial entre infração disciplinar e crime, assim como, reconhecidamente, a doutrina penal comum não chegou a uma diferenciação consistente entre crime de contravenção penal⁹⁰⁹.

Trata-se de problema de fundo político e histórico.

A ciência do Direito Penal comum surge e o Direito Penal Militar positivo ressurge no contexto do Estado Absolutista. A ciência do Direito Penal, a princípio, como um instrumento utilizado para racionalizar o sistema criminal, especialmente no que diz respeito à desumanidade das penas⁹¹⁰, o Direito Penal Militar positivo, por outro lado, como sistema de reforço à disciplina dos Exércitos permanentes que se formavam em busca da Soberania sobre os territórios dos Estados que eclodiam.

Quando da Era das Revoluções⁹¹¹, em razão do surgimento do conceito moderno de Estado e do movimento constitucionalista, a ideia de limitação do Poder do Estado ganha relevo e, a partir da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, passa-se a entender que o julgamento criminal somente seria legítimo se fosse baseado em uma lei anterior que

⁹⁰⁸ WOLTER, Jürgen; FREUND, George. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In _____; _____ (eds). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 72.

⁹⁰⁹ Assim, nas palavras de Lothar Kuhlen “*para este recorte efectivo del Derecho penal material, propiciado por Frisch, se precisa no sólo una limitación negativa del Derecho penal, sino también un concepto más amplio, que este por encima del Derecho vigente. La actual versión amplia de lo punible en términos jurídico-materiales, que a través de los diversos medios procesales en buena medida está retrocediendo de desigual forma, ha conducido a una situación del Derecho que resulta insatisfactoria ya a causa de las desigualdades que lleva consigo. Es un indicio, sin embargo, de que se hace necesaria una diferenciación más fuerte que la existente entre un Derecho penal entendido estrictamente como ‘nuclear’ y el Derecho de las contravenciones. En la medida en que sobre un ‘Derecho preventivo de intervención’, a ubicar entre dichos ámbitos, no sepamos nada más preciso, no puede criticarse con probabilidades de éxito y de forma convincente el actual ‘proceso de comparación’ [‘Analogverfahren’] que es usual en la política criminal. Para desarrollar una alternativa así al Derecho vigente nada puede aportar un concepto material de delito, por su restricción conceptual a la pena y al delito*”(KUHLEN, Lothar. “¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito?” In: WOLTER, Jürgen; FREUND, George. (eds). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 150-151) (grifo nosso).

⁹¹⁰ Cf. RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1994, p. 95-96.

⁹¹¹ Era das Revoluções é a expressão utilizada por Eric J. Hobsbawm utilizada para nomear o período compreendido entre os anos de 1789 e 1848 em sua historiografia (HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria Teresa Teixeira, Marcos Penchel. 33. ed. São Paulo, Paz & Terra, 2014).

previamente definisse uma conduta como ilícita e, ainda, se fosse realizado por um outro órgão que não o que criasse as leis (legislativo) nem as executasse, exercendo o Poder de Polícia e representação externa do Estado (Executivo), ou seja, o Judiciário⁹¹².

Nesse contexto, no âmbito do Direito Penal comum, as condutas que eram antes julgadas por membros da nobreza e pelo próprio Soberano no Antigo Regime, passam a ser, na maioria dos países julgadas pelo Poder Judiciário que, a princípio é “escravo da lei”, e exerce um juízo binário⁹¹³ das condutas no sentido de se subsumirem ou não às hipóteses fáticas previstas pela legislação, produto do trabalho dos “representantes do povo”, o Poder Legislativo.

Em paralelo ao constitucionalismo, que é um fenômeno ao mesmo tempo político e jurídico, no âmbito do Direito Penal positivo ocorre outro fenômeno característico, sobretudo, do Direito Civil, que é o da Codificação. Certo é que entre o final do século XVIII e início do século XIX as nações são premiadas com Códigos Penais, na sua maioria, de base jus-racional⁹¹⁴.

A dogmática penal, a partir de então, desenvolveu seus estudos quanto ao crime estruturando-o sobre garantias e fundamentos filosóficos que apreendeu em cada modelo de Estado e momento histórico e político no correr do tempo, possibilitando que se analise o Direito Penal comum sob a perspectiva de Escolas Penais e que estruturasse um conceito analítico de crime. A estrutura do referido conceito não implicava maiores considerações quanto a uma diferenciação no que diz respeito à infração disciplinar, a uma, por que esta era restrita aos servidores públicos civis do Estado e, a duas, por que esta não implicava, a princípio, na constrição de sua liberdade de locomoção ou penalidade mais grave.

Ocorre, entretanto, que no que diz respeito ao sistema repressivo castrense a codificação penal militar foi tardia⁹¹⁵, sendo que, na maioria dos Países os chamados crimes

⁹¹² Importante ressaltar que, originalmente, Montesquiel, que estruturou sua teoria com base no sistema político inglês, não utilizou a denominação “poder Judiciário”, mas sim afirmou que existiriam, em cada Estado, três espécies de poder que seriam o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. A função judicante pertenceria a esse último e seria exercida por colegiados de populares escolhidos das classes populares, em certas épocas do ano, e conforme prescrito pela lei (Cf. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Adrada Días Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 190-192, v. 1).

⁹¹³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 243.

⁹¹⁴ Nesse sentido, pontua Franz Wiecker que a Baviera trouxe a lume o Código Penal de 1813, estruturado por ninguém menos que Anselm Feuerbach (WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 371). No Brasil, acompanhou-se essa tendência, com a aprovação do Código Criminal de 1830, de matiz bastante liberal.

⁹¹⁵ MADRIGAL, Salvador Calderón. Las garantías materiales en el derecho sancionador militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 39.

militares sequer passaram a ser objeto de apreciação do Poder Judiciário, mantendo-se a “Justiça Militar” como parte do Executivo.

Nesse modelo de “Justiça Militar”, a distinção entre infração disciplinar e crime é bem tênue, mesmo porque, como visto, também é prevista a restrição da liberdade de locomoção como sanção disciplinar, denominando-se “crimes”, efetivamente, somente as condutas a que são atribuídas penas privativas de liberdade e, em alguns sistemas, a pena de morte.

No sistema brasileiro, que peculiarmente, em razão de ideais de Juristas como Ruy Barbosa, Esmeraldino Bandeira, Chrysolito de Gusmão, João Vieira de Araújo e Hélio, entre outros, tem a característica de a Justiça Militar fazer parte do Poder Judiciário, há a preocupação no sentido da separação dos conceitos de crime militar e infração disciplinar, mesmo por que, a princípio, deve-se haver uma divisão de atribuição no julgamento de uma ou de outra situação, sem o que haveria afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, e deveria haver proporcionalidade entre um e outro tipo de sanção, em que às infrações disciplinares deveriam ser conferidas sanções mais brandas que aos crimes militares.

Entretanto, na atual sistemática, por vezes o que se observa no sistema disciplinar militar brasileiro é que, de fato, há uma certa desproporcionalidade e incoerência entre este e o sistema penal. Muito embora o sistema penal militar tenha por característica ser mais rigoroso, a fim de dar reforço ao sistema disciplinar, na prática, salvo raras exceções, situação diversa é a que acontece, pois, muitas vezes condenado no crime o militar não sofre consequências para sua esfera de liberdade de locomoção tão severas quanto no sistema disciplinar⁹¹⁶.

Por outro lado, por vezes, o Código Penal Militar autoriza ao Poder Judiciário, diante da gravidade ínfima da lesão a determinado bem jurídico, absolver o acusado, desclassificando a infração disciplinar, cuja apuração e sancionamento deverá ficar a cargo da Autoridade Administrativa⁹¹⁷.

⁹¹⁶ Isso porque o Código Penal Militar Brasileiro admite a suspensão condicional do processo para os casos em que a condenação à pena privativa de liberdade não for superior a 2 (dois) anos, para o condenado, primário e de bons antecedentes, enquanto os estatutos disciplinares das Forças Armadas preveem sanções disciplinares restritivas de liberdade, classificadas como sanções disciplinares educativas, que são a detenção, o impedimento e prisão (cf. ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 340) e não poucas vezes o soldado passa mais tempo preso por conta de uma sanção disciplinar que, propriamente, por uma infração penal militar.

⁹¹⁷ Existem previsões nesse sentido no que diz respeito aos crimes patrimoniais militares cometidos sem violência e ameaça à pessoa (art. 240, § 1º, do CPM) e quanto aos crimes de lesões corporais levíssimas (art. 209, § 6º, do CPM).

Além disso, por expressa previsão Constitucional, mesmo antes da EC nº 45/2004, por tradição Constitucional brasileira, a Constituição prevê que a perda do posto e da patente dos oficiais somente ocorrerá por decisão do Superior Tribunal Militar⁹¹⁸, transmudando-o em tribunal de honra⁹¹⁹ em julgamento que tem natureza administrativa⁹²⁰.

Assim, mais que uma simples extensão de competência, o retorno do julgamento das ações referentes aos atos disciplinares é uma oportunidade para que se desenvolva um conceito material de crime militar que seja mais proporcional e harmônico com relação ao Direito Constitucional e administrativo disciplinar militar.

4.4 DIREITO PENAL MILITAR, SEGURANÇA PÚBLICA INTERNA E POLÍCIAS MILITARES - UM TEMA BASTANTE CONTROVERTIDO

Como já se teve oportunidade de afirmar, no mister de defesa da Pátria, as Forças Armadas ainda contam, além de sua reserva, com tropas auxiliares que são as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Tais corporações também se regem pelos princípios da hierarquia e disciplina e tradicionalmente fazem o trabalho de Segurança Pública da população brasileira, mas, quando em caso de declaração de guerra, são utilizadas como tropa auxiliar de infantaria do Exército Brasileiro⁹²¹.

O grande traço diferencial do emprego das Forças Armadas e das Forças Auxiliares é que aquelas se destinam ao uso letal da força, com vistas à defesa, em última análise, da Soberania do Estado Democrático de Direito e estas, utilizam-se do uso progressivo da força, com vistas à sobretudo à persecução penal e à manutenção da Segurança Pública⁹²².

Uma reforma do Direito Penal Militar, sobretudo no que pertine a uma nova codificação, não deve deixar de ter em mente que também a essas corporações, o Código Penal Militar é aplicado⁹²³.

⁹¹⁸ É o que dispõe o art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da CF.

⁹¹⁹ Cf. ASSIS, Jorge Cesar. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo Administrativo*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 270.

⁹²⁰ STF REExt. 318.469-5/DF.

⁹²¹ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 298.

⁹²² Ibidem, p. 239-256.

⁹²³ É importante ressaltar que o Brasil não é o único país do mundo a utilizar os mesmos Códigos Penal e Processual Penal tanto para as suas Forças Armadas quanto para suas Polícias Militares, na Espanha, por

É certo que os contingentes de policiais militares são muito mais numerosos que os das Forças Armadas. Entretanto, vem sendo observada uma tendência de flexibilização das exigências de hierarquia e disciplina militares, como, por exemplo, ocorreu no Estado de Minas Gerais⁹²⁴.

Muitos, ainda, defendem a desmilitarização das polícias brasileiras, enquanto política de segurança pública, fundindo-as numa única polícia,⁹²⁵ o que implicaria na deslegitimação do Direito Penal militar para esse importante setor, no qual os agentes de segurança do Estado estão em maior contato com a população.

Questionamento que se faz é se isso seria realmente válido, ou apenas uma falácia ou erro de perspectiva, pois admitir a desmilitarização da polícia importa na não utilização do Direito Penal Militar como instrumento de defesa institucional.

O primeiro argumento, no sentido favorável à desmilitarização, é no sentido de que a polícia militar seria violenta. Quanto a esse argumento, o que se pode esclarecer é que não é a polícia militar que é violenta, mas a própria sociedade de onde provêm os militares que o seria. Aliás, basta recordar as últimas manifestações da população norte-americana no Governo Obama para constatar que, em que pese a polícia americana não seja militarizada, esta também pratica atos de violência, sobretudo contra cidadãos negros e hispanos⁹²⁶.

Constitui verdadeira falácia afirmar que desmilitarizando as polícias conduzir-se-ia a uma polícia menos violenta. Desmilitarizar justamente significaria o contrário, pois diminuiria o controle sobre os agentes policiais. Tendo em vista que a hierarquia e disciplina que regem as corporações são elementos de dissuasão aos próprios militares para que estes não venham a praticar condutas aptas a abalar a eficiência dessas instituições e, reflexamente,

exemplo, o Código Penal Militar espanhol é utilizado também para a Guarda Nacional. Entretanto, o Brasil é o único país da América Latina que apresenta a divisão entre Justiças Militares. Nesse diapasão, Renato de J. Bermudez F. assevera que “*el tema de la doble jurisdicción militar y de la división de las sanciones para tiempo de paz y para el estado beligerante, en nuestro ámbito jurídico marcial, resultan ser temas novedosos y escassamente conocidos, de allí que consideramos sería conveniente analizarlos con amplitud, por tratarse de un asunto de suma importância*” (BERMÚDEZ, F. Renato de. J. *Historia del Derecho militar*. Mexico: Grupo Criminogénesis, 2015, p. 314). Vem ganhando corpo na Europa, mais notadamente em Portugal, em razão do terrorismo, o entendimento no sentido de que a Segurança Pública deve ser abordada de forma mais integrada ao conceito de Segurança Interna do Estado. Assim, toda a Sociedade portuguesa e seus organismos estatais, incluindo Forças Armadas, as polícias e o Poder Judiciário, visam a proteção do Estado contra os atos violentos do crime organizado (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reflexões (breves) técnico-jurídicas sobre segurança interna. In: FERNANDES, Luís Fiães; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Segurança Interna: reflexões e legislação*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17-27).

⁹²⁴ Trata-se da Lei Estadual nº 14.310, de 19 de Junho de 2002 que instituiu o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais e, dentre as inovações, extinguiu as sanções restritivas de liberdade para as punições por transgressões disciplinares.

⁹²⁵ Cf. ASSIS, Jorge Cesar de; COIMBRA NEVES, Cícero Robson; CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 18.

⁹²⁶ Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/eua-tem-protesto-por-novo-caso-de-violencia-policial-contra-negro.html>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

possibilita um maior respeito aos direitos dos cidadãos, na medida em que um agente público treinado a acatar estritamente as normas e ordens superiores será sempre menos propenso a ter uma conduta irregular, também será menos propenso a cometer crimes e arbitrariedades na sua atuação⁹²⁷.

Outro argumento que comumente se utiliza é o do corporativismo. Tal argumento também não procede. Primeiro, porque o corporativismo não é exclusividade dos militares. Qualquer classe ou grupo profissional possui maiores ou menores graus de corporativismo. Em certa medida, servidores públicos são corporativistas, médicos, professores, sacerdotes etc.

Segundo, porque entre os militares o corporativismo ocorre em nível bastante diminuído, tendo em vista que, pelos valores e ideais da profissão, os maus militares costumam ser rejeitados e excluídos das corporações tanto pelo sistema disciplinar e penal, quanto, naturalmente, pela estrutura piramidal da carreira.

De toda forma, mesmo que se invoque a desmilitarização das polícias como uma forma de maior proteção dos direitos humanos, tem-se que há algumas atividades específicas que são melhor realizadas quando utilizadas pela polícia militarizada, como a contenção de distúrbios, as operações especiais e o trabalho dos corpos de bombeiros⁹²⁸.

Nesse diapasão, são atividades fundamentais da polícia, genericamente, a polícia política e de informações, a polícia repressiva voltada à persecução penal (também chamada de polícia criminal), a polícia ostensiva, ou de dissuasão (também denominada de polícia de segurança) e a contenção de distúrbios (também denominada polícia de ordem)⁹²⁹.

⁹²⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 297.

⁹²⁸ MONET, Jean-Claud. *Polícias e Sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. 2. ed. São Paulo: EdUSP, 2006, p. 109-111.

⁹²⁹ “Em todas as latitudes e longitudes, e por mais diferentes que seja as tradições e as culturas cívicas, por mais dessemelhantes que sejam as instituições políticas ou os graus de desenvolvimento econômico, todas as polícias do mundo têm como obrigação as mesmas missões. Não que seus agentes realizem todos eles, em todos os lugares, as mesmas tarefas. Nem que enfrentem as mesmas situações. Mas, em toda parte, a organização e o funcionamento dos sistemas policiais são estruturados a partir de uma matriz, composta de algumas grandes missões, na qual se enxerta todo um leque de tarefas que, por sua vez, variam segundo os países e, no interior de um mesmo país, segundo os corpos policiais. Os textos que devem definir a natureza dessas missões são decepcionantes. Redigidos em termos gerais, constituem mais cartas de boas intenções que uma descrição precisa do que o observador pode verificar no terreno. (...) Esses textos são pouco explícitos. Pelo menos, orientam as missões policiais em duas grandes direções: uma voltada para a proteção das pessoas e dos bens, para as missões de socorro e assistência, para a luta contra a criminalidade, isso quanto ao modo preventivo ou repressivo; a outra voltada para a manutenção da ordem pública, a defesa do direito de cada cidadão gozar pacificamente das liberdades que lhe são reconhecidas e, em definitivo a proteção das instituições políticas. Em suma, toda polícia, como Janus, tem duas faces: uma voltada para a sociedade civil, a outra, voltada para o Estado. Ademais, essas duas grandes orientações dividem-se, por sua vez, em dois ramos. De tal modo que, em definitivo, em todos os países da Europa, atualmente, o corpo ou corpos policiais nacionais se encarregam, segundo modalidades organizacionais diversas, de quatro missões, que desenham quatro conjuntos de atividades

Em qualquer país europeu, as polícias exercem essas funções, sendo que, resumidamente, pode-se afirmar que há dois grandes modelos, o modelo francês, militarizado, representado pela *gendarmarie*, e o modelo inglês, não militarizado, representado pela *Scotland Yard*⁹³⁰. Nenhum dos modelos é desprovido de falhas. E a questão da militarização ou não das polícias deve estar relacionada mais que a um modelo, às necessidades da sociedade a que se destina.

O Brasil é um país de dimensões continentais, em que é necessária a presença do Estado em vastas dimensões territoriais que não implicam tão somente áreas urbanas, mas também extensas áreas de zona rural.

As polícias militares estaduais, nesse contexto, exercem além do papel de dissuasão e de presença do Estado nessas áreas, o papel de força de reserva das Forças Armadas em uma eventual necessidade de defesa da Pátria em caso de invasão externa. O treinamento e emprego diuturno das forças militares estaduais não apenas se destina a auxiliar a segurança pública, como também se destina a preparar a tropa de infantaria que se uniria ao exército brasileiro quando de uma agressão externa.

Mas não é só. A realidade da criminalidade moderna, sobretudo, no caso do Brasil, o combate ao narcotráfico organizado e o “cangaço moderno”⁹³¹ tem tornado a persecução penal nessas hipóteses uma atividade cada vez mais cruenta e perigosa, implicando cada vez melhor treinamento e higidez física e moral dos agentes de segurança pública.

Essas novas modalidades de emprego das polícias, seja nas grandes metrópoles, seja nos mais recônditos rincões do país, que tradicionalmente foram treinadas e estão legitimadas ao uso moderado da força, pode fazer com que sejam utilizadas em operações em que esteja autorizado o uso letal da força, desde que cumpridos determinados requisitos, em operações de Garantia da Lei e da Ordem, em auxílio às Forças Armadas. Nessas circunstâncias, contar com polícias militarizadas é um diferencial.

Não se está aqui a defender o uso letal da força pelas polícias militares como, sem qualquer autorização legal e indiscriminadamente, vem sendo feito, principalmente nas favelas do Rio de Janeiro, em que por vezes vê-se que policiais atiram de helicóptero, a esmo,

distintos: a polícia de segurança, a polícia de ordem, a polícia criminal e a polícia de informações” (Ibidem, p. 103-128).

⁹³⁰ Ibidem, p. 50-53.

⁹³¹ Tornou-se recorrente no interior do Brasil que grupos fortemente armados, muitas vezes com explosivos, fuzis, metralhadoras .50 etc., invadirem pequenas cidades, fazerem reféns suas autoridades e realizarem verdadeiros saques, visando, sobretudo agências bancárias e empresas transportadoras de valores. À essa modalidade criminosa denominamos cangaço moderno.

em marginais que por vezes estão fugindo, ou seja, quando não se está em legítima defesa⁹³². Mas se pode afirmar que a forma como a criminalidade organizada e violenta tem atuado, vem fazendo necessária uma estrutura policial em que, ao menos uma parte seja militarizada.

Nesse diapasão, a utilização da lei penal militar e o processo penal militar assumem importante relevância na medida em que destinados a justamente tornar mais eficientes essas operações e, ao mesmo tempo, proteger de maneira mais efetiva os direitos dos cidadãos expostos à atuação dessa polícia.

Importante salientar, ainda, que a lei repressiva castrense se dirigirá tão somente ao policial e sua atuação, deixando de lado, por expressa disposição constitucional os civis, pois estes não cometem crimes militares, no âmbito estadual⁹³³.

Nesse diapasão, também se legitima a existência das Justiças Militares Estaduais. As polícias militares, não obstante sua atuação se dirija ao âmbito da Segurança Pública, também se regem pelos mesmos valores que os militares das Forças Armadas⁹³⁴ e excluir o reforço disciplinar da Justiça Militar Estadual colocaria em cheque não só a eficiência e coesão da tropa, a própria Segurança Pública, como, aliás, tem ocorrido nos diversos casos em que tem ocorrido greves de policiais militares no Brasil, nos últimos anos⁹³⁵.

Dessa forma, a conclusão apontada pelo Relatório oferecido pelo CNJ ao Brasil no ano de 2014, não obstante alicerçada em estatísticas quanto aos custos da Justiça Militar Estaduais, não se sustenta tendo em vista que não se sabe qual será o reflexo da extinção das referidas justiças no que diz respeito aos reflexos quanto ao emprego das referidas polícias em sua atuação enquanto instituições constituídas a fim de atuar no trato da Segurança Pública.

⁹³² PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 275.

⁹³³ Art. 125, § 4º, da CF.

⁹³⁴ Nesse mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Constitucional Espanhol, afirmando que não haveria como eximir os membros de sua Guarda Civil, de obedecer o conjunto de preceitos que regem a vida militar (cf. FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministério de Defesa, 2015, p. 80).

⁹³⁵ Tais “movimentos paredistas” são inconstitucionais e devem ser reprimidos não apenas pelo sistema disciplinar castrense, como pelo sistema penal castrense, muitas vezes constituindo os crime de motim e de revolta, além de outras condutas. Entretanto, as Assembléias Legislativas dos Estados vêm se utilizando corriqueiramente de leis de anistia para evitar a punição dos amotinados, quando do fim das participações, o que fragiliza o sistema (Cf. TELES, Fernando Hugo Miranda. Greve de militares, anistia e diálogos constitucionais. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília – DF, n. 27, ano XLII, p. 203-230, nov. 2017).

CONCLUSÃO

1. O Direito militar, muito embora fundamente todo um ramo do Poder Judiciário brasileiro, é uma matéria, na maioria das vezes, esquecida e desconhecida pela grande maioria dos doutrinadores e pelo próprio legislador brasileiro encontra-se em reformas, sendo crucial que se analise se sua autonomia, enquanto sistema, legitima-se e quais os vetores que deveriam norteá-la, ponderando como esses vetores delineariam a estrutura do crime militar.

2. O Direito Penal Militar e os sistemas de jurisdição militares possuem bases históricas bastante remotas, havendo, já na Antiguidade, sobretudo entre os gregos, hebreus e, principalmente, romanos, normas referentes às condutas dos militares em suas atividades.

a. A primeira legislação penal militar aplicada no Brasil elevado a Reino Unido a Portugal e Algarves foram justamente os “artigos de guerra” do Conde Lippe que, nada mais eram que a “parte penal” das ordenanças promulgadas pelo Marquês de Pombal a fim de organizar a Armada Portuguesa para a Guerra contra a Espanha.

Da mesma forma que muitos países da Europa, o Brasil teve, no âmbito do Direito Penal Militar, uma codificação bastante tardia, tendo sido aplicados por todo o Império os artigos de guerra do Conde Lippe.

b. Com o advento da Proclamação da República, o Brasil foi brindado com sua primeira codificação militar, o Código Penal da Armada que, posteriormente, veio a ser estendido também ao Exército Brasileiro.

c. No ano de 1920, após muitas críticas ao Código Penal da Armada e ao Sistema de Justiça Militar por juristas como Hélio Lobo, Esmeraldino Bandeira e Rui Barbosa, entra em vigor, no Governo de Epitácio Pessoa, o Código de Justiça Militar, bastante criticado por setores das Forças Armadas pelos seus traços notadamente civilistas. Além de alterações nas composições do Superior Tribunal Militar e dos Conselhos de Justiça, observou-se a criação do Ministério Público Militar e da Advocacia de Ofício, embrião da Defensoria Pública da União.

A Reforma “civilista” teria seu apogeu quando, na Constituição de 1934, a Justiça Militar da União veio a fazer parte, integralmente, do Poder Judiciário Brasileiro, o que a faz diferente da grande maioria das jurisdições militares do resto do mundo que ainda se mantêm atreladas ao Poder Executivo.

Nesse período, de um embate jurisprudencial entre o Superior Tribunal Militar, que procurava estender o conceito de crime militar, e o Supremo Tribunal Federal, que procurava restringir o referido conceito, foi que, do manejo dos critérios *ratione personae*,

ratione materiae, ratione loci e ratione temporis, construiu-se o conceito *ex vi legis* de crime militar que acabou sendo adotado na Constituição de 1937 e está consagrado na tradição constitucional brasileira até atualidade.

d. Durante a Segunda Guerra Mundial, o Direito Militar brasileiro sofreu diversas alterações legislativas, sobretudo no que diz respeito ao processo e normas de organização judiciária militar. Foi editado, também, um novo Código Penal Militar que se notabilizou pela introdução da medida de segurança como sanção na sua Parte Geral e algumas modificações no que diz respeito aos crimes militares contra o patrimônio, crimes de perigo comum e contra a administração pública, estendendo-se a jurisdição militar, definitivamente, aos civis.

Nesse período, também, por força da Constituição de 1944, a Justiça Militar Estadual, que já existia desde o século XIX em alguns Estados, passou a integrar os Poderes Judiciários dos Estados, sendo o Brasil o único país no mundo que possui duas jurisdições militares.

e. Durante o Regime Militar, no ano de 1969, entraram em vigor os atuais Códigos Penal e Processual Penal Militares.

O Código Penal Militar notabiliza-se pelo fato de possuir, além de uma Parte Geral, repleta de princípios diferenciadores do Direito Penal comum, uma Parte Especial subdividida em 2 (dois) livros, um destinado aos crimes militares em tempos de paz e outro aos crimes militares em tempos de guerra.

O referido Código, em termos de fundamentação filosófica e estrutura sistêmica da teoria do crime e das penas, era um espelho do “famigerado” Projeto Hungria, que nunca foi aplicado no Brasil, mas que mantinha os pressupostos de uma matriz causal-naturalista. No que tange ao Processo Penal militar, o novo Código que acompanhava o Código Penal Militar trazia bastantes avanços ao Processo Penal Militar, sendo considerado, por muito tempo, superior ao Código de Processo Penal comum.

Mas o grande traço diferenciador do período não é o Direito Militar, por excelência, mas a utilização da jurisdição militar a fim de se processar e julgar os crimes da Lei de Segurança Nacional. Muito se tem argumentado no sentido de que a utilização de tribunais pelas ditaduras para a persecução de referidos crimes, como ocorreu em diversos países pelo mundo, é um privilégio dos militares para que fiquem impunes dos seus crimes cometidos em defesa do Estado, e uma injustiça para com os acusados que passam a ser perseguidos pela jurisdição militar que servirá de braço jurídico legitimador do regime de

força. Ocorre que, no Brasil, conforme depoimento dos próprios advogados e juristas que militaram na Justiça Militar da União, o julgamento dos processos, mesmo nos momentos mais “fechados” do Regime em que se chegou até a suprimir o *habeas corpus*, deu-se de forma independente e muitas vezes, até garantista.

f. Com o advento da Constituição de 1988, o julgamento dos crimes contra a segurança nacional passou a ser da competência da Justiça Federal comum. Manteve-se, entretanto, a Justiça Militar da União, para julgar os crimes militares definidos em lei, e as Justiças Militares Estaduais, para o julgamento dos policiais militares e bombeiros, nos crimes militares.

Observa-se um total descompasso no que tange à produção legislativa quanto à matéria militar, haja vista que, não obstante o sistema penal comum e o sistema penal militar sejam sistemas diversos, as alterações, num e noutro sistema, podem ter o condão de interferir em ambos de forma não esperada e desestruturante. Exemplos dessas “reformas” foram a da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais); a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); a Lei 11.343/2006 (Lei Anti-Drogas) e a Lei 9299/96 (Lei Hélio Bicudo, que transfere a competência do processamento e julgamento dos crimes militares contra civis para a Vara do Júri).

Até outubro de 2017, as Forças Armadas brasileiras encontravam-se inseguras com relação às suas atuações em decorrência das modalidades de emprego previstas na Lei Complementar 97/99, que regulamenta o disposto no art. 142 da Constituição Federal, estabelecendo parâmetros para seu preparo e emprego com vistas não apenas ao binômio “guerra/dissuasão” (tempo de guerra X tempo de paz), mas também a outras modalidades de emprego como as Operações de Garantia da Lei e da Ordem, o Policiamento de Fronteiras, as ações subsidiárias, auxílio na defesa civil e as missões de paz. A Lei 13.491/2017 vem como tentativa de corrigir esse descompasso.

3. É tarefa precípua da ciência do Direito colocar o direito posto em contato com o espírito do seu tempo e reconhecer ou desconhecer sua legitimidade a partir desse espírito. Foge-se, portanto, à ideia positivista jurídica no sentido de se analisar o Direito tão somente sob o prisma formal, buscando analisá-lo sob sua vertente material.

Assim, a presente tese teve como pressuposto analisar a legitimidade do Sistema Penal Castrense não apenas sob o aspecto normativo constitucional e com relação ao Direito Internacional Público, mas, também, tendo em vista a realidade social na qual o referido sistema está inserido.

a. Muito embora a Nova Ordem Mundial se pautasse pelo princípio da não agressão e haja uma grande preocupação dos Estados no sentido de não se declarar formalmente a guerra, o Estado brasileiro, dadas as suas riquezas naturais e culturais e sua posição de destaque no cenário das relações internacionais entre os povos, não descarta por completo a possibilidade de ser vítima de uma injusta agressão internacional que lhe possa envolver em uma “guerra total”. Sendo assim, não seria o caso de se afastar por completo o binômio “tempo de guerra” e “tempo de paz”, sob o qual se baseia o Sistema de Direito Penal Militar Nacional, mesmo porque, no tempo de paz, enquanto se preparam para a guerra, as Forças Armadas exercem dissuasão a eventuais interesses adversos de outros países que coloquem em risco a soberania do Estado Democrático de Direito.

b. Entretanto, no cenário das Relações Internacionais entre os Estados e dos Conflitos pós-Guerra-do-Golfo, exsurtem modalidades de emprego das Forças Militares no mundo todo e no Brasil em circunstâncias que passam a ser denominadas “novas guerras” em que se destaca o “combate assimétrico”. Esses novos empregos, que vão desde a guerra de guerrilha entre Estados e entre Estado e seus insurgentes, até serviços de policiamento com vistas ao restabelecimento da segurança interna dos Estados, no que tange ao terrorismo e ao narcotráfico, determinaram que o Direito Internacional dos Conflitos Armados abandonasse o conceito de “guerra” a fim de estender a proteção humanitária aos seres humanos quando, e em razão, dos combates.

No Brasil, tais situações são reguladas pela Lei Complementar 97/99 e são, na prática, efetiva “zona cinzenta” entre situações de Policiamento ostensivo, naturalmente realizado pelas Polícias Militares dos Estados que se utilizavam do uso proporcional e progressivo da força, e realidades de combate efetivo, ou seja, de “conflito armado”, em que se pode até justificar-se o uso letal da força, diante do indiscutível poder bélico daqueles que se contrapõem às forças do Estado Brasileiro, tanto em território nacional, como observado em diversas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, no Rio de Janeiro, Espírito Santo, etc., quanto no Exterior, quando no cumprimento de mandato da ONU em Operações de Paz cada vez mais “robustas”. Para estas situações, no âmbito do Direito Penal Militar interno permanecia verdadeiro vácuo legislativo, até então apenas preenchido com alterações no Código Penal Militar que submetia o processamento e julgamento à Justiça Militar da União, da morte decorrente do “tiro de abate” quando em Operação da Força Aérea em repressão ao tráfico internacional de drogas.

4. A análise do modelo de Estado em que se insere determinado direito posto é extremamente importante no que concerne à sua legitimidade, haja vista que é por meio dela

que se pauta a coerência do ordenamento com o modelo político social em que se insere. O modelo Estado Democrático de Direito estabeleceu uma série de princípios que devem nortear o seu sistema penal, como o princípio da legalidade, a função preventiva e o princípio da dignidade humana, dos quais decorrem uma série de outros subprincípios. No âmbito do Direito Penal Militar, a aplicação dos referidos princípios é mais complexa, haja vista que deve ser aliada a outros fundamentos, notadamente, a defesa da soberania da pátria, missão das Forças Armadas, que pautadas nos vetores valorativos da hierarquia e disciplina, é função do referido ramo do direito reforçar.

a. Ao tutelar as Forças Armadas e as polícias militares como instituições, o Direito Penal Militar, assim como o Direito Penal comum serve para que o cidadão militar e o próprio civil não sejam afetados em sua dignidade humana de forma arbitrária pelo Estado, tem a função de tutelar bens jurídicos especiais cuja lesão implicaria na própria ineficiência das referidas instituições no mister de assegurar a paz social, tanto no âmbito externo quanto no interno, bem como tutelar os próprios direitos fundamentais nas situações em conflito.

b. Dadas as missões que a Constituição atribui às forças armadas e às Polícias Militares, segue uma relação especial de sujeição que justifica a limitação em direitos fundamentais que tem no Direito Penal e Disciplinas instrumentos de reforço. O Direito Militar serve de elemento garantidor do próprio sistema e, por essa razão, tem peculiaridades que justificam sua autonomia, não só no âmbito legislativo, mas também no que diz respeito ao trato pelo judiciário.

O crime militar é o ilícito penal que lesa ou põe em perigo o bem jurídico institucional da defesa da pátria e outros bens jurídicos penais estabelecidos por vetores normativos oriundos dos dispositivos que tratam das Forças Armadas, Policiais e Bombeiros Militares e suas missões, na Constituição.

Hierarquia e disciplina não seriam, assim, os únicos bens jurídicos diferenciadores e legitimadores do sistema de Direito Penal Militar, nem os mais importantes, pois seriam apenas bens jurídicos instrumentais a tutelar algo bem mais importante que seria, no âmbito das Forças Armadas, reforçar a eficiência destas instituições no mister de garantir a segurança externa e interna do Estado Democrático de Direito e, no âmbito das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, garantir a ordem pública e, assim, em ambos os casos, a normalidade da vida em sociedade no Estado Democrático de Direito.

O crime militar é um injusto especial de elevado potencial de danosidade social, pois coloca em risco a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, não sendo

salutar fazer uma análise de seu conceito “em tempo de paz” sem referência ao “tempo de guerra”.

Os crimes militares, como delitos especiais e, portanto, delitos de infração de dever, são, na sua maioria, crimes pluriofensivos, ofendendo mais de um bem jurídico, que pode ser inerente a uma função estatal de defesa ou segurança e até mesmo individual.

c. Além da hierarquia e disciplina, podem ser considerados como bens jurídicos penais a serem tutelados pelo sistema repressivo castrense, bens inerentes às missões das instituições militares, como a neutralidade política, o dever militar, o serviço militar, a coesão da tropa, etc.

Tal espectro valorativo é extremamente difícil de restringir, haja vista se basear na “vida da caserna”, atividade peculiar desses especialíssimos servidores do Estado, que servem à sociedade nessas instituições primárias que assumem características de instituições fechadas.

d. Restringir o conceito de crime militar tão somente aos vetores do art. 142 e 143 da Constituição da República é incoerente com o critério *ex vi legis* estabelecido pelo Poder Constituinte originário para o conceito de crime militar e contraditório ao viés de manutenção da segurança externa a interna de emprego das Forças Armadas, sejam quais forem as atividades que estejam exercendo.

É um contrassenso o Estado, por sua inegável incapacidade, impor, por meio de lei, missões às Forças Armadas, muitas vezes afetas à segurança pública, sem lhes dar os instrumentos, sem lhes dar os instrumentos jurídicos adequados para tal.

e. Outro traço diferenciador do sistema penal militar a legitimar sua autonomia se dá quanto à finalidade da pena. Em tempos de guerra, a dogmática Espanhola é enfática no sentido de que tem função preventivo geral negativa, ao contrário do que vem pregando a dogmática majoritária, no âmbito do Direito Penal comum, que se porta no sentido de que sua função seria preventivo geral positiva.

No que diz respeito à função da pena no Direito Penal Militar em tempo de paz, há divergências doutrinárias que vão desde a ideia de que não se deveria fazer diferenciação entre os sistemas quanto a este aspecto, até considerações no sentido de que a função da pena seria “reafirmar o Direito Penal Militar e os valores a ele inerentes”.

Alia-se, aqui, ao entendimento no sentido de que, também em tempo de paz, a função da pena seria preventivo geral negativa, exercendo forte influência dissuasória aos seus destinatários.

Mas o grande diferencial quanto às penas no âmbito do sistema penal castrense é quanto ao regime penitenciário, devendo haver uma especial atenção ao fato de que o militar condenado à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, por crime militar ou comum, fica sujeito a ser excluído da sua respectiva Força ou Corporação, podendo alimentar o já caótico sistema prisional comum brasileiro, sem que haja qualquer tipo de reinserção à sociedade e, muito menos, diferente do que ocorre em outros países como a Itália e Espanha, recuperação a fim de seu restabelecimento para a carreira das armas.

Além disso, o fato de se submeterem os militares ao mesmo sistema penitenciário que os sentenciados comuns, gera problemas de duas ordens: ou os coloca em risco no que diz respeito à sua vida, incolumidade física e outros direitos fundamentais, haja vista ser isso potencializado pela atividade que exercem; ou corre-se o risco de serem cooptados pelo crime organizado, para quem seus conhecimentos e aptidões seriam extremamente úteis.

5. A fim de estabelecer o conceito material de crime em um sistema aberto, a dogmática penal alemã de orientação funcionalista vem desenvolvendo investigação no sentido de se analisar o sistema penal de forma integral, tendo como paradigmas critérios como necessidade e merecimento de pena, que serão avaliados não apenas no âmbito legislativo, mas também do judiciário, já que o Direito Penal deve ser aplicado tendo em vista seus fins, não de forma isolada, mas na sua inter-relação com o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal.

Tais considerações justificam a jurisdição militar especializada tal como posta no Brasil, como escabinato, tendo em vista que no processo de formação do direito, um órgão colegiado misto, composto por um juiz conhecedor do Direito e outros juízes leigos, enriquecerá o “diálogo da culpabilidade”, introduzindo às discussões dos casos concretos os valores, os conhecimentos, os direitos e os deveres da realidade da caserna, fazendo efetiva a construção teórica do “tunel da realidade”, criada por Gustav Radbruch e revisitada, sob a perspectiva argumentativa, por Arthur Kaufmann.

6. A primeira dificuldade no sentido de se estabelecer uma reforma no sistema penal militar vem do fato de sua jurisdição militar ser ligada à ideia de ter sido instrumento dos regimes autoritários do Século XX, havendo fortes correntes no sentido de sua extinção nos países em que ainda ela existe.

A tutela realizada pelo sistema repressivo castrense, portanto, se dá em dupla via: de um lado visa a proteger a soberania (ou, no caso dos Policiais Militares, a eficiência na

manutenção da Segurança Pública) e, por outro, proteger as populações civis, os Direitos Humanos, dos arbítrios do Estado e dos excessos da guerra.

Essa realidade na qual se busca a tutela do sistema penal castrense é ampliada pelo fato de que, mesmo naqueles estados que não estejam envolvidos em guerras de defesa, dissoluções intestinas, na luta contra o terrorismo e criminalidade organizada, etc., há sempre a possibilidade de suas Forças Armadas serem utilizadas em Operações de Paz ou, como no casos de diversos países europeus, em operações conjuntas como as da OTAN em que há preocupação quanto ao respeito às normas de Direito Internacional Público, mais notadamente de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Internacional dos Conflitos Armados, cuja infração pode consubstanciar em infração ao Direito Penal Internacional, especialmente às normas do Tribunal Penal Internacional.

a. Três são os modelos de sistemas penais militares pelo mundo: o tradicional, também denominado, de codificação integral, por possuir num mesmo texto legislativo normas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Disciplinar Militar; o modelo autônomo, em que há codificações separadas tratando de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar e o sistema de incriminação conjunta, que insere as normas de direito penal militar nos textos legislativos comuns.

Analisando as posturas dos diversos países pelo mundo no que concerne ao trato do Direito Penal Militar, percebe-se que, durante o século XX, muitos dos países que sempre adotavam os modelos tradicional e autônomo quanto ao ordenamento repressivo castrense passaram, por razões históricas e políticas, a adotar o sistema de incriminação conjunta como, por exemplo, a França e a Alemanha.

Entre os países que ainda adotam sistemas penais militares especializados, merecem destaque a Itália, a Espanha e a Holanda que, adotando o modelo de codificação autônoma tal qual o Brasil, respectivamente, adotaram, o Código Penal Militar de Guerra quando dos Conflitos no Iraque e no Afeganistão (Itália); passou-se a utilizar o termo “conflito armado” em substituição ao termo “guerra”, em código recém aprovado no ano de 2015 (Espanha); e insere e tipifica no Código Penal Militar os crimes de guerra, contra a humanidade e Genocídio (Holanda).

b. No que concerne à jurisdição militar há duas classificações que tentam explicar os sistemas pelo mundo.

A mais simplificada subdivide os sistemas em *i)* modelo saxão; *ii)* modelo europeu continental e *iii)* modelo de situações excepcionais.

Na classificação complexa, os sistemas se subdividem em *i)* sistema anglo-saxão; *ii)* sistema latino-romanista; *iii)* sistema dos países comunistas; *iv)* sistema de jurisdição excepcional e *v)* sistema dos países ibero-americanos.

No que diz respeito às reformas da jurisdição militar, são dignas de nota as alterações legislativas espanholas a fim de conferir e garantir legitimidade aos pronunciamentos dos juízes militares em sua prestação jurisdicional, como o fato de os oficiais gerais escolhidos a fim de compor a sala 5ª do Supremo Tribunal Constitucional irem para a reserva tão logo assumam o cargo de Ministros daquela Suprema Corte e o dever de informar dos juízes militares de qualquer que seja a instância, caso percebam qualquer iniciativa do Executivo em influir em seus julgamentos.

Outra alteração relevante que vem sendo efetivada em diversos países tem relação com a independência do órgão de acusação, que tradicionalmente é exercido por um oficial membro do quadro das Forças Armadas e vem sendo transferida a civis, como já ocorre no Brasil, há um século, a fim de adequar o sistema ao princípio acusatório.

c. No Brasil, se há consenso no sentido de que deve haver uma reforma do sistema penal castrense, há dissenso no que diz respeito em que rumo esta deve se dar.

Durante um grande período de tempo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exercido um importante papel de integração das normas do sistema penal militar à ordem constitucional de 1988, em que, no que tange ao Direito Penal Militar, ao mesmo tempo que impõe um conceito restritivo de crime militar, assevera a separação entre Direito Penal comum e especial. No que diz respeito ao Processo Penal Militar, tem-se admitido a aplicação de normas do processo penal comum ao referido sistema.

Outro vetor que tem sido levado em consideração é o do Direito Internacional dos Direitos Humanos que tem, nos tratados referentes à matéria assumidos pelo Brasil e nas decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, os principais elementos de discussão. Nesse contexto, destacam-se os 20 (vinte) princípios sobre administração da Justiça Militar estabelecidos pela Comissão de Direitos Humanos da ONU (Princípios “*Decaux*”). Sobre esses temas é importante ressaltar que a jurisprudência das Cortes Internacionais, especialmente no que diz respeito à submissão de civis à jurisdição militar, não deve ser aplicada ao caso brasileiro tendo em vista o pertencimento da jurisdição militar brasileira ao Poder Judiciário, a composição militar dos órgãos jurisdicionais militares (que possuem juízes civis nomeados após aprovação em concurso público e garantidos pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), a submissão das decisões da Justiça

Militar ao Supremo Tribunal Federal e o respeito ao princípio acusatório, haja vista ser o Ministério Público Militar da União ou dos Estados composto exclusivamente por civis.

A ideia de legitimação do Direito Penal Militar, no sentido de que este deve se aproximar, cada vez mais, do Direito Penal comum, muito embora seja intuitiva, não encontra respaldo nem na realidade, nem no tratamento dado ao tema pela Constituição.

Certo é que o Poder Constituinte Originário concebeu um necessário tratamento especial ao sistema repressivo castrense, haja vista que este serve como regime de reforço da especial relação de sujeição que determinados cidadãos têm em relação às missões constitucionais das instituições militares.

Além disso, há uma série de traços diferenciadores entre os sistemas que justificam a existência de uma Parte Geral do Direito Penal Militar, como o tratamento da aplicação da lei no espaço, a estreita relação entre o Direito Penal Militar e as normas de Direito Internacional Público; a preocupação em se delimitar as consequências jurídicas em conceitos no que diz respeito ao “tempo de guerra” e o “tempo de paz”; a integração da norma penal militar às normas administrativas militares como as ‘regras de engajamento’, ‘tratados de aliança’, ‘acordos de força’, ‘ordens de operações’, etc.; nas causas de exclusão do crime, como no caso do comandante de navio, aeronave ou praça de guerra que, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Outros princípios justificadores de uma Parte Geral do Direito Penal Militar são as diferenciações quanto a incidência da norma penal militar conforme as qualidades de superior e inferior dos agentes passivo e ativo do injusto especial militar; a impossibilidade de se alegar o desconhecimento da lei em matéria de serviço etc.

i. Outro traço característico que justifica a especialidade e autonomia do sistema penal militar em relação ao sistema comum que tem ligação com a Constituição é a sua relação mais intensa com o Direito Internacional Humanitário e o Direito Penal Internacional, haja vista ser o Direito Penal Militar que, a princípio, deve regular a matéria no plano interno, a fim de que o sistema penal internacional não venha a funcionar subsidiariamente, ingerindo no exercício da Jurisdição brasileira.

ii. Três premissas devem ser levadas em consideração no relacionamento entre Direito Militar, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário. A primeira é de que não obstante o respeito à dignidade da pessoa humana

esteja no âmago dos dois ramos de Direito Internacional Público citados, o direito à vida não é um direito absoluto, sendo lícito, por vezes, ao Estado, matar.

A segunda premissa é que enquanto às Forças Armadas está autorizado o uso letal da força em suas atividades, às Polícias e Corpos de Bombeiros militares está somente autorizado o uso progressivo da força nas suas missões de garantia da Segurança Pública. A terceira premissa é que o Direito Humanitário se pauta por uma série de princípios, dos quais, destacam-se, no contexto dessa tese, o princípio da distinção e o princípio da proporcionalidade, como vetores.

O princípio da distinção terá crucial relevância no entrelaço com o Direito Penal Militar haja vista que parte da ideia de combatente e não combatente para conferir as prerrogativas do *status* de prisioneiro de guerra e não trabalha com a dicotomia militar/civil do Direito Penal Militar, pois o civil pode ser combatente. Por outro lado, o tratamento dado pelo Direito Penal Militar ao caso da espionagem é um indicativo da solução a ser dada aos chamados “combatentes irregulares” ou “combatentes ilegais”, no contexto da guerra contra o terrorismo, no sentido de imprimir as garantias penais e processuais militares ao acusado, não obstante não tenha o *status* de combatente.

Pelos princípios da proporcionalidade e necessidade militares, é respeitado um mínimo ético nos combates que, por outro lado, afastaria a ocorrência dos crimes de guerra. Por tais princípios se avalia se a ação militar que causaria riscos para alvos civis, é efetivamente necessária para dar uma vantagem significativa ao esforço militar, no que tange à necessidade; e, no que tange à proporcionalidade, se os meios e métodos de combate não são excessivos em relação à vantagem militar concreta a ser alcançada. A análise de tais princípios induz ao pensamento lógico no sentido de que os órgãos jurisdicionais que tratarão sobre os casos concretos envolvendo a matéria devem ser compostos por indivíduos com profundo conhecimento da matéria militar, não só do Direito Militar, mas dos armamentos, meios, métodos de combate, dos níveis, operacional, tático, estratégico e, por vezes, até político.

iii. Outros aspectos do Direito Penal Internacional que merecem atenção ao Direito Penal Militar são a tipificação dos crimes de guerra e agressão; o instituto da “responsabilidade penal do comandante”, previsto no art. 28 do Estatuto de Roma; a necessidade de homogeneização entre os sistemas de direito comparado com vistas a atender aos tratados de cooperação policial e jurisdicional no que tange a crimes internacionais, sobretudo o de genocídio etc.

Há forte corrente no sentido de se estender a competência da Justiça Militar da União também para o julgamento das ações decorrentes das infrações disciplinares dos militares das Forças Armadas, assim como ocorre no âmbito da Justiça Militar Estadual, e causas civis relacionadas ao regime e carreira militares. Tal medida pode trazer convenientes e inconvenientes.

Como inconveniente, pode ser citado o fato de a Justiça Militar da União perder sua celeridade, qualidade fundamental quando se pensa na função de se resguardar os valores no seio da tropa. Como conveniente, pode ser citado o fato de que os juízes da Justiça Militar da União estariam mais afeitos à legislação e aos valores militares, havendo maior facilidade e justeza nos julgamentos dos feitos.

iv. De toda a forma, a ideia de transferir o processamento e julgamento das ações decorrentes dos atos disciplinares militares, em que pese não signifique que os atos de indisciplina serão “julgados” pela jurisdição militar, evoca duas constatações.

A primeira é que, de certa forma, dá-se um retorno às origens da jurisdição militar no Brasil, visto que essa tratava, também, da matéria administrativa militar.

A segunda constatação é que os contornos diferenciadores do conceito de crime militar e de infração penal militar são bastante tênues, sendo distinguidos em termos materiais apenas quanto à gravidade da lesão aos bens jurídicos militares, afrontados pelos respectivos atos e pela intensidade das sanções aplicadas tanto em um como em outro caso. As demais distinções seriam de natureza formal ou com relação à autoridade competente para declarar sua infração e impor sanções.

De forma inconsciente, haja vista os elementos de interligação entre o sistema penal militar e disciplinar militar e a inexistência de uma diferenciação material e efetiva do que seja infração penal militar e infração disciplinar militar, o movimento no sentido de se submeter à jurisdição especializada as ações cíveis quanto aos referidos atos disciplinares, principalmente, levando em consideração que não se está excluída por completo, a análise do seu mérito é um reconhecimento de que se busca a construção de algo assemelhado a um sistema penal militar integral.

7. A “desmilitarização” das polícias e a extinção das Justiças Militares Estaduais não se justificam no quadro da realidade social brasileira, haja vista que, o emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem no Brasil se dá, justamente, em razão da impossibilidade dos órgãos de Segurança Pública, principalmente as polícias militares, de cumprirem seu mister constitucional.

Às Polícias Militares é reservado um papel de policiamento ostensivo, destinado a dissuadir o crime, e de contenção de distúrbios que será realizado da mesma forma pelo Estado, não havendo garantia de que será mais eficiente e mais humano, caso não seja realizado pela polícia desmilitarizada.

Pelo contrário, o fato de ser a polícia militarizada é indicativo de maior controle sobre ela, haja vista estarem submetidas a um controle mais rígido de seus deveres. Nessa esteira, suprimir-se a jurisdição militar seria diminuir a efetividade desse controle.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AFONSO DA SILVA, José. Notícia sobre a jurisdição militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ALVES JUNIOR, Thomas. *Curso de Direito Militar*. Tomo II. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e Comp. Editores, 1868.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria crítica & prática*. São Paulo, Método, 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANDRADE, Luís Filipe. O julgamento dos crimes militares em Portugal. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba; Juruá Editora, 2014.

_____. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

_____. Considerações sobre o policial militar da ativa e a prestação de serviços de segurança em horários de folga. In _____. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo Administrativo*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

ASSIS, Jorge Cesar de; COIMBRA NEVES, Cícero Robson; CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil” in: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, Justiça e Processo Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. 1º vol.

_____. Do Crime: suas espécies e configurações jurídicas. In _____. *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.

_____. *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jimenéz, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

BERMÚDEZ F., Renato de. *Historia del Derecho militar*. Mexico: Grupo Criminogénesis, 2015.

BERNAL DE CASTILLO, Jesús. *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier, 2011.

BIA, Maria Teresa. European police and judicial cooperation in criminal matters and the crime of genocide. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. A Justiça Militar e o Estado de Direito. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. *Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no Tribunal mais antigo do Brasil*. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONELLI, Laurent. Obsesión securitária e ilegalismos populares en Francia, desde princípios de 1980. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico da Justiça Militar Federal e Estadual – 2014 - Relatório Final Grupo de Trabalho - Portaria n.º 216, de 29 de novembro de 2013. Brasília: CNJ, 2014.

_____. Ministério da Defesa. *Livro Branco da Defesa Nacional*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012.

_____. Ministério da Defesa. *Manual de Fundamentos*. O Exército Brasileiro. Brasília: MD, 2014.

_____. Marinha do Brasil. *Tradições Navais*. Disponível in <<https://www.marinha.mil.br/content/tradicoes-navais>>, acesso em 10/01/2018.

BRIGHAM, John. Anti-Antiterror: La codificación por colores y la Broma de la ‘Seguridad Nacional’. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto Penale Militare*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

CÁCERES, Waldo Martínez. A justiça Militar no Chile. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Sabres e Togas: A surpreendente influência de uma tese jurídica. Prefácio. In LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960.

CÁRPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. *O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1914.

CARVALHO, Esdras dos Santos. *O direito processual penal militar numa visão garantista: a conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSEB, Paulo Adib. A competência constitucional da Justiça Militar. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. CURITIBA: Juruá, 2015.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO *apud* PEIRANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COIMBRA NEVES, Cicero Robson; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLOM PIELLA, Guillem. *Entre ares y atenea: el debate sobre la revolución en los asuntos militares*. Madrid: Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado, 2008.

CÓRDOBA, Juan Antonio Navas. *Las competencias civiles de la jurisdicción militar*. Madrid: Ministério de Defesa, 1997.

CORRALES ELIZONDO, Agustín. Garantías materiales en el régimen disciplinário de la Guarda Civil. In: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUCIANI, Andrea. Applicable law in Peace support operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

CRUZ, Ione de Souza; AMIN MIGUEL, Claudio. *Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAL LAGO, Alessandro. La Guerra-Mundo. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DE SOUZA, Octavio Augusto Simon. *Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norteamericano*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DELMAS, Philippe. *O belo futuro da guerra*. Trad. Sérgio Guimarães. Rio de Janeiro: Record, 1996.

DELMAS-MARTY, Mirelle. Le Droit Pénal comme éthique de la mondialisation. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

DEVEILLE-FONTINHA, Carla. A Cooperação Jurídica com a França em Crimes Militares. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, STM, Brasília, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DOBEL, John Patrick. A teoria da corrupção. *O Estado de S. Paulo*, p. 117-118, 24/02/1980 e p. 119 e 141, 02/03/1980.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUARTE, Antonio Pereira. A vedação da visita íntima no sistema prisional militar sob a ótica da dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 26, ano 41, p. 87-88, nov.2016.

_____; BORTOLLI, Clauro Roberto de Bortolli; FREITAS, Ricardo. O Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. In FREITAS, Ricardo et al. *Memória histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012.

DUFOUR, André Joseph Philippe. O sistema de Justiça Militar Canadense. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014.

ESER, Albin. *Hacia un Derecho Penal Mundial*. Trad. Enrique Díaz-Aranda, Héctor Fix-Fierro, Manuel Cancio Meliá, Rocío Procel Sánchez, Said Escudero Irra, Teresa Manso Porto. Granada: Comares, 2009.

ESPINOSA, Alejandro Carlos. Justicia Militar em México. In: *Diritto e processo*. Antonio Palazzo (a cura di). Anuário giurídico. Universtá degli Studi di Perugia, anno 2011.

_____. *La condicion jurídica de los militares en México*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3005/7.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

ESPÍRITO SANTO, Vicente Antonio. *Compêndio para a Cadeira da Escola Militar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. V. II.

EXPOSIÇÃO de Motivos do Código Penal de 1969. *Revista de informação legislativa*, Brasília, Senado Federal, p. 155, out.dez.1969.

FERNÁNDEZ GARCIA, Isidro. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministério de Defesa, 2015.

FERNANDEZ-TRESGUERRES, José Antonio. Reglas de enfrentamiento (ROE). In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

FIANDACA, Giovanni. Quale specialità per il Diritto Penale Militare. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1063, jul/set.2008.

FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de Ilicitude no Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FISS, Owen. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución en los tiempos del terrorismo*. Trad. Francisca Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2017.

FOURNIER, Sylvain. NATO military interventions abroad: how roe are adoptec and jurisdictional rights negotiated. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law betwenn war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in internacional military interventions*. Cuenca: Ediciones Catilla-La Mancha, 2009.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fine en el sistema integral del derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, George. *El sistema integral del derecho*

penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In _____. *El Sistema integral del Derecho Pena – Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GARCIA, Maria. Militares e cidadania: Dobel, a corrupção do Estado e as 'estruturas primárias' da sociedade. In RAMOS, Dirceô Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GERALDI, Orlando Eduardo. A justiça militar do Estado de São Paulo: os julgamentos em 2ª instância e aspectos práticos. In: _____. *Justiça Militar: aspectos práticos*, Curitiba: Juruá Editora, 2017.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Siva, Patricia Matos, Pedro Manuel Sena, Teresa Lima e Vasco Gil. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GIL GIL, Alícia. La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional. In: ZAPATATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2010.

GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve. Fonctions de police judiciaire des forces armées a l'étranger. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

GÓMEZ RIVERO, Carmen. La repressão penal de la piratería marítima. Bases para a oportunidade de una reforma. In: ZAPATATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla -La Mancha, 2010.

GONZÁLES ROMÁN, Cristóbal. Ejército e integración ciudadana durante la República tardía. In PALAO VICENTE, Juan José (Ed.). *Militares y civiles en la antigua Roma: dos mundos diferentes, dos mundos unidos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.

GROTIUS, Hugo. *O direito da Guerra e da Paz*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Local: UNIJUÍ, 2005. V. I.

GUSMÃO, Chrysolito. *A competência dos tribunais militares*: Estudo jurídico e de legislação comparada. Rio de Janeiro: Typho Litho Pimenta de Mello & Ruy Sachel, 1914.

_____. *Direito Penal Militar*: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1915.

GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. A restrição à jurisdição militar nos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. *SUR – revista internacional de direitos humanos*, v. 7, n. 13, p. 75-97, dez. 2010.

HABERMAS, Jürgen. El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido. In: HABERMAS, Jürgen. *El Occidente escindido*. Traducción de José Luis López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.

_____. La constitucionalización del Derecho Internacional. In _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Que Significa el derribo del Monumento? In: _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Una entrevista sobre la Guerra Y La Paz. In _____. *El Occidente Escindido*. Trad. de José Luís López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.

HARRINGTON, Christine. Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos. In BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

HASSEMER, Winfried. Prevención General y Aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

HESPANHA, Antonio Manuel. Introdução. In: GROTIUS, Hugo. *O direito da Guerra e da Paz*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Local: UNIJUÍ, 2005. V. I.

HOBBS, Thomas. *Leviatã* ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria Teresa Teixeira, Marcos Penchel. 33. ed. São Paulo, Paz & Terra, 2014.

INTELISANO, Antonio. Italian judicial experiences on Peace Support Operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in international military interventions*. Cuenca: Ediciones Catilla-La Mancha, 2009.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito: Técnica ou Humanística?* Bogotá: Universidade Externato de Colombia, 1996.

_____. *Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal.* In JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTIS, Miguel. *Bien Jurídico, Vigencia de la norma y Daño social.* Lima: Ara Editores, 2010.

_____. *Derecho Penal del enemigo.* 2. ed. Navarra: Civitas, 2006.

_____. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *El Derecho Penal como disciplina científica.* Tradução castelhana de Alex Van Weelzel. Pamplona: Civitas, 2008.

JARA GÓMEZ, Ana M. La transformación de las operaciones de mantenimiento de la paz. Dimensiones e implicaciones de una construcción jurídica, política y militar compleja. In: OLARTE ENCABO, Sofía. *Estudios Sobre Derecho Militar Y Defensa.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

JESSBERGER, Florian. From 'Abu Ghraib' to the 'rumsfeld case'. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz.* Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José. La organización de la jurisdicción penal militar y su evolución. In MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz.* Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

JUANES PECES, Ángel. Las causas de justificación en el Derecho Penal Militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (dir.). *Derecho Penal Militar Cuestiones Fundamentales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

JULIO CESAR, Caio. *A guerra civil.* Tradução de Antonio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

JUNGMANN, Raul. *Medida corrige erro de origem que renovou regra de um século.* Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/10/1931007-medida-corrige-erro-de-origem-que-revogou-regra-de-um-seculo.shtml>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

KALDOR, Mary. Reestructurar la seguridad global para el siglo XXI. In STIGLITZ, Joseph E. *La búsqueda de la seguridad: protección sin proteccionismo y el desafío de la gobernanza mundial.* Buenos Aires: Paidós, 2013.

KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KESRSTING. Politik und Recht, 2000 *apud* PAWLIK, Michel. *Ciudadanía y Derecho Penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016.

KRIEGER, César Amorin. *Direito Internacional Humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

KUHLEN, Lothar. "¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito?" In: WOLTER, Jürgen; FREUND, George. (eds). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LA CUESTA, José Luis de. Prólogo a la edición española. in: ESER, Albin. *Hacia un Derecho Penal Mundial*. Trad. Enrique Díaz-Aranda, Héctor Fix-Fierro, Manuel Cancio Meliá, Rocío Procel Sánchez, Said Escudero Irra, Teresa Manso Porto. Granada: Comares, 2009.

LACAVA FILHO, Nelson. Da aferição da tipicidade objetiva dos crimes militares: uma defesa da continuidade do julgamento pelo escabinado nos crimes militares cometidos por civis em concurso com militares. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília/DF n. 24, ano XXXIX, p. 189-204, nov. 2014.

LASCANO, Carlos. Inter-american court of human rights and penal military justice. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *Criminal Law between war and Peace: justice and cooperation in criminal matters in internacional military interventions*. Cuenca: Catilla-La Mancha, 2009.

LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Bases Del Derecho Penal Militar Español*. Madrid: Iustel, 2016.

_____. Prólogo. In _____. (dir.). *Derecho Penal Militar: cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant to Blanch, 2014.

_____. Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar. In: _____ (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier; JUANES PECES, Ángel; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Jose Luis. *El Código Penal Militar de 2015: reflexiones y comentarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017.

LOBÃO, Celio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

_____. *Direito Penal Militar. Direito Penal Especial. Direito Penal Comum. Direito Processual Especial*. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS. *Direito Militar: história e doutrina – artigos inéditos*. Florianópolis: AMJME, 2002.

LOBO, Helio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1960.

LOPES JR., Aury Lopes. Limite penal: Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Conjur*, 20.10.2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

LOPEZ SANCHEZ, José. *Protección Penal de La Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S. L., 2007.

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

MADRIGAL, Salvador Calderón. Las garantías materiales en el derecho sancionador militar. in: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (coord). *Derecho Penal y Disciplinario Militar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MAGIOLI, Renaldo Quintas. Uma Justiça Especializada, muito especial. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

MANACORDA, Stefano. Entre la guerre et la paix: le droit penal en quêle de sa place. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

_____. La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.

MANCHEGO, José F. Palomino. La unidad de jurisdicción en el Perú (a proposito de la justicia militar). In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil – Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTIN, Vitor Gómez. *Los delitos especiales*. Madrid: B de F, 2006.

MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael. Los límites de la Jurisdicción Militar. In: OLARTE ENCABO, Sofía (dir.); ORZA LINARES, Ramón María (coord.). *Estudios sobre derecho militar y defesa*. Navarra: Thomson Reuter Aranzadi, 2015.

McCANN, Frank. *Soldados da pátria: história do Exército brasileiro (1889-1937)*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2º vol. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MEY, Edson. *A Justiça Militar em outros países*. Brasília: STM, 1999.

MILLÁN GARRIDO, Antonio. Prólogo a la primera edición. In _____. *Justicia Militar*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009.

_____. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F LTDA, 2013.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F LTDA, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Preliminares à experiência constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

MODROÑO, Luis Carlos Medina. Terror y criminología en el Siglo XXI: Nevas Formas de Guerra. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

MOMMSEM, Teodoro. *Derecho Penal romano*. Bogotá: Temis, 1991.

MONET, Jean-Claud. *Polícias e Sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. 2. ed. São Paulo: EdUSP, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Adrada Días Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. *Las competencias civiles de la jurisdicción Militar*. Madrid: Ministerio da Defensa, 1997.

NÓBREGA, Thalita Borin. A questão da Justiça Militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13304&revista_caderno=9>. Acesso em set 2014.

ORTIZ, Mariana Tranchezi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, USP, 2010.

OZAKI, Kuniko. Criminal law protection and accountability of participants in peacekeeping operations. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

PALMA, Najla Nassif. Tolerância zero contra abusos e exploração sexuais em missões de paz. Disponível em <<https://medium.com/@esmpu/toler%C3%A2ncia-zero-contrabusos-e-explora%C3%A7%C3%A3o-sexuais-em-miss%C3%B5es-de-paz-7c05cd26a8b6>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho Penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016.

_____. El funcionario policial como garante de impedir delitos. In _____. *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal. Trad. Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo López Barja de Quiroga, Teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. El terrorista y su derecho sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno. In _____. *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal. Trad. Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo

López Barja de Quiroga, Teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: a responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

_____. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. O civil na jurisdição penal militar brasileira. *Anais do X Seminário de Direito Militar*, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2014.

PIERINI, Jean Paul. Rules of engagement, status of forces agréments and criminal law: diferente approaches as to the legal base of the conflictsof jurisdiction in respecto of foreign friendly fire. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

POMBO, Bárbara. *Extinção de tribunais militares estaduais*. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/extincao-de-tribunais-militares-estaduais-09122014>> Acesso em 10 de janeiro de 2018.

PORETSCHKIN, Alexander. A jurisdição militar na Alemanha. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. V. 1.

PRADO, Ney. As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 24, ano XXXIX, p. 17, nov. 2014.

RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie. GRGA, vol. 2, p. 58 e seg, 1993. In KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1994.

REICHARDT, H. Canabarro. *Esbôço de uma História do Direito Militar Brasileiro*. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C, p. 11, 1947.

RI, Arno Dal; ZEN, Cássio Eduardo. Entre Versailles e Roma: a instituição de uma Jurisdição Penal Internacional Permanente como virada paradigmática na história do Direito Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RIVELLO, Pier Paolo. *Lezioni di diritto penale militare*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Introducción. In BEIRAS, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.). *Política Criminal de la Guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales. In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. La jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución. In: GARCÍA LOZANO, Carlos (dir.). *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

ROGEIRO, Nuno. *Guerra em Paz: a Defesa Nacional na Nova Desordem Mundial*. Lisboa: Hugin, 2002.

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

ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos*. Brasília: STM, 2012.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo*. 3. ed. Belo Horizonte: Líder, 2014.

_____. *Direito administrativo militar: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROTH, Ronaldo João. O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar: Drogas, Crimes Patrimoniais, e Disciplina e Hierarquia” in: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. T. 1.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução Luís Greco Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sentido e limites da pena estatal. In _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez. *Los delitos contra el patrimonio en el código penal militar*. Madrid: Reus, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SARAIVA, Alexandre de Barros José Leal. *Código Penal Militar – comentado artigo por artigo: parte geral*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2014.

SCHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCHÜLLER, Andreas. Can the international criminal court prosecute military personnel of United Nations Peace Support Operations? In: MAROTO, Manuel; SCHEUNEMANN, Daniel. *El derecho penal entre la guerra y la paz*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012.

_____. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012.

_____. Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal: Delito,*

determinación de la pena y proceso penal. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo. *In Dret - Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2017. Disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/318315> . Acesso em 10 de janeiro de 2018.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. Prólogo. In ROBLES PLANAS, Ricardo. *La responsabilidad en los “delitos especiales”*: el debate doctrinal en la actualidad. Madrid: B de F, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Notícia sobre a jurisdição militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SIMPSON, Gerry. *Law, War & Crime*. Malden. Polity Press, p. 159, 2007.

SOARES, Mário Sérgio Marques. O arrependimento posterior no código penal militar. *Revista do Ministério Público Militar*, nº 13 (16): 29-35, p. 31, 1994.

SOARES, Mário Sérgio Marques; QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. O Ministério Público Militar: o Período dos Generais (1964-1985). In: FREITAS, Ricardo et al. *Memória Histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: Ministério Público Militar, 2012.

STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1997.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo Código Penal Militar do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

TELES, Fernando Hugo Miranda. Greve de militares, anistia e diálogos constitucionais. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília – DF, n. 27, ano XLII, p. 203-230, nov. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reflexões (breves) técnico-jurídicas sobre segurança interna. In: FERNANDES, Luís Fiães; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Segurança Interna: reflexões e legislação*. Coimbra: Almedina, 2005.

VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007.

VIEIRA DE ARAUJO, João. *Direito Penal do Exército e da Armada*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores, 1898.

VILLALBA PÉREZ, Francisca. Singularidades de los contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad. In: OLARTE ENCABO, Sofía; ORZA LINARES, Ramón María. *Estudios sobre derecho militar y defensa*. Navarra: Aranzadi, SA, 2015.

WELZEL, Hanz. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed., Trad. Juan Bustos Ramírez, Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1997.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLTER, Jürgen; FREUND, George. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In _____; _____ (eds). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____; _____. Prólogo à edição alemã. In _____; _____. (eds.). *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch

Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués I Vallés, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. Military Criminal Jurisdiction in Greece. *Anais do X seminário de Direito Militar*, Brasília, STM, 2014.

ZAPATERO, Luís Arroyo. La armonización internacional del derecho penal. In: _____; MARTÍN, Adán Nieto. *Piratas, mercenários, soldados, jueces y policias: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.