

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS

ISSN 1981-3414

DIREITO MILITAR

ANO XXVI - NÚMERO 164 - MARÇO / ABRIL DE 2024





Promotor lança livro de comentários à Lei n. 14688/2023

O promotor de Justiça Militar Cícero Robson Coimbra Neves lançou, pela Editora Jus Podivm, o livro “Direito Penal Militar – Comentários à Lei n. 14.688/2023”. A publicação faz uma análise detalhada sobre a reforma do Código Penal Militar promovida pela citada lei.



Por esta lei não houve uma aproximação sistêmica entre o Código Penal comum e o Código Penal Militar mas apenas a mudança pontual de alguns dispositivos da Parte Geral e da Parte Especial do CPM unificando, em certa medida, a disciplina de certos temas. Acrescente-se que a reforma possui pontos positivos, como o “sepultamento” das figuras do assemelhado e do criminoso habitual e por tendência, mas também deixa a desejar em alguns temas em que parece ter havido um déficit de proteção em comparação ao Código Penal comum, como no caso da previsão da injúria qualificada por motivo de raça, cor e etnia e o estupro de vulnerável com resultado lesão corporal grave ou gravíssima, temas, inclusive para os quais já existe questionamento no Supremo Tribunal Federal por ação de controle concentrado de constitucionalidade, ajuizada pela PGR, provocada pelo PGJM, com a colaboração do autor.

“Nesse campo coberto de incongruências, retrocessos e de alguns avanços, mas, definitivamente repleto de detalhes”, como postula o autor, que a publicação foi pensada e desenvolvida para estimular o debate sobre o tema.

Para saber mais acesse o site da Editora Juspodivm no seguinte link: <https://www.editorajuspodivm.com.br/direito-penal-militar-comentarios-a-lei-n-146882023-2024>.



AMAJME

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS
JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS - AMAJME

CNPJ: 65.137.044/0001-03

Declarada de Utilidade Pública Federal -
Portaria do Ministério da Justiça nº 3.610,
de 13 de dezembro de 2013
(D.O.U nº 243, 16/12/13)
CNPJ 65.137.044/0001-03

Presidente: Getúlio Corrêa (SC)

Vice-Presidentes Regionais:

Centro-Oeste: Gustavo Assis Garcia (GO)

Nordeste: Nelson Melo Moraes Rego (MA)

Norte: Lucas do Carmo Jesus (PA)

Sudeste: Rúbio Paulino Coelho (MG)

Sul: Sérgio Antonio Berni de Brum (RS)

Secretário Geral – Cel. Abelardo Camilo Bridi

Sede atual:

Av. Osmar Cunha, 183 Ed. Ceisa Center, Bloco "B",
Sala 1109, Centro, Florianópolis/SC,
CEP 88015-100 - Telefone 48 3224.3488
www.amajme-sc.com.br
amajme@amajme-sc.com.br
e amajme@uol.com.br

PERIODICIDADE

Bimestral

CONSELHO EDITORIAL

Gustavo Assis Garcia, *Juiz/GO*

Fernando Pereira, *Juiz/TJMSP*

Getúlio Neves, *Juiz/ES*

Jorge César de Assis, *Promotor/JMU*

Ronaldo João Roth, *Juiz/SP*

PROJETO GRÁFICO/EDITORAÇÃO

Rogério Junkes

REVISÃO

Thais Helena C. Dutra

DISTRIBUIÇÃO

Magistrados Estaduais e Federais, Militares Estaduais
e Federais, Membros do Ministério Público, Advogados,
Órgãos Públicos, Entidades de Classe, Faculdades de
Direito e Meios de Comunicação.

CAPA

Submarino Tonelero, da Marinha do Brasil,
lançado ao mar em março 2024, no
Rio de Janeiro.

Os artigos assinados são de responsabilidade
de seus autores. É permitida a reprodução
desde que citada a fonte.

NESTA EDIÇÃO

| | |
|---|----|
| Nossa entrevistada é a Exma. Sra. Desembargadora Militar Maria Emília Moura da Silva , Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul..... | 2 |
| MARINHA DO BRASIL LANÇA SUBMARINO “TONELERO” AO MAR, EM ITAGUAÍ, RIO DE JANEIRO. | 5 |
| RECURSOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SUSPENSÃO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO CPM. Cícero Robson Coimbra Neves..... | 7 |
| A COMPETÊNCIA PARA A DEFINIÇÃO DO DOLO OU CULPA EM CRIMES CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADOS POR MILITARES ESTADUAIS. Bruno Cortez T. Castelo Branco | 11 |
| A CITAÇÃO OU INTIMAÇÃO POR HORA CERTA E A INTIMAÇÃO POR WHATSAPP NA JUSTIÇA MILITAR. Lanna Saleh e Ronaldo João Roth | 23 |
| JUIZ DAS GARANTIAS E JUSTIÇA MILITAR: MODELOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO. João Pedro Hoffert..... | 28 |
| A NECESSIDADE MILITAR NO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS. Pierre Bricard | 36 |



Nossa entrevistada é a **Exma. Sra. Desembargadora Militar Maria Emília Moura da Silva**, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Direito Militar – Vossa Excelência assumiu a presidência do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul no último dia 7 de fevereiro, para um mandato de dois anos. Quais são os principais objetivos que Vossa Excelência delineou para serem alcançados nesse período?

Maria Emília Moura da Silva – Com certeza o fortalecimento, a eficiência e a transparência do sistema judiciário militar, a garantia de acesso à justiça para todos os membros da Brigada Militar e do CBMRS, a promoção, a atualização e a modernização dos procedimentos judiciais e, com **destaque especial**, prosseguir e avançar na promoção da igualdade de gênero e da diversidade, principalmente no âmbito da Instituição. Administrar a Corte Militar gaúcha é atribuição complexa, não só pelos desafios internos, mas pela imperiosa necessidade de estabelecer relações interinstitucionais; assim, também há objetivo de colaboração

estrita com instituições e órgãos públicos interligados à JME, criar projetos de mútuos interesses, sempre visando assegurar a qualidade e a integridade da jurisdição militar,

Direito Militar – Sendo a primeira mulher a assumir a presidência do Tribunal de Justiça Militar nos seus 175 anos de existência, como Vossa Excelência analisa a importância da ampliação da participação feminina em todos os setores da vida pública?

Maria Emília Moura da Silva – Acredito que a nomeação de uma primeira mulher para presidir o TJMRS marca um avanço significativo da representação feminina em posições de liderança. A ampliação da participação das mulheres em todos os setores da vida pública é crucial à promoção da igualdade de gênero, à diversificação das perspectivas e à garantia de que as vozes de todas as pessoas, indistintamente, sejam

ouvidas e representadas. Isso não apenas fortalece a democracia, mas, também, contribui para a tomada de decisões mais equilibradas e inclusivas.

Direito Militar – A recente Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, promoveu diversas modificações no Código Penal Militar. Vossa Excelência poderia fazer uma avaliação em termos gerais sobre as alterações que foram introduzidas nesse Código castrense?

Maria Emília Moura da Silva – Em termos gerais, a Lei nº 14.688/23 trouxe modificações bastante relevantes para o CPM, na medida em que objetivou e efetivamente modernizou e ajustou a legislação às demandas atuais. Embora seja necessário analisar os detalhes específicos dessas modificações para permitir uma avaliação mais aprofundada, desde já é possível verificar que essas alterações são capazes de preencher lacunas, de atualizar penas e crimes para além de garantir a aplicação mais justa e eficaz da lei, considerada e inserida no contexto militar.

Direito Militar – Como Vossa Excelência avalia a aplicação do denominado “Juiz das Garantias” na Justiça Militar?

Maria Emília Moura da Silva – A implementação do juiz das garantias na JME pode apresentar ao debate desafios específicos em face da natureza singular das questões e dos procedimentos próprios à justiça castrense. Todavia, a introdução deste

instituto poderá contribuir para reforçar o princípio da imparcialidade na prestação da jurisdição, além da proteção dos direitos processuais dos militares envolvidos em processos judiciais. Por evidente, avaliar de modo amplo e completo o juiz das garantias exigiria considerar, cuidadosamente, de que forma esse papel se integraria ao sistema militar, sem descuidar da observação a respeito de como equilibraria as necessidades de justiça e de segurança nacional com as garantias constitucionais dos acusados, elencados sobre o postulado geral do devido processo legal.

Direito Militar – Vossa Excelência exerce a judicatura castrense desde o ano de 1988, tendo ao longo desse período vivenciado as dificuldades e as conquistas da Justiça Militar. Considerando essa vasta experiência, Vossa Excelência poderia fazer uma projeção das perspectivas para a Justiça

Castrense nos próximos anos?

Maria Emília Moura da Silva – Levando em conta a longa trajetória que percorri na Justiça Militar, sinto-me à vontade para projetar, sem a pretensão de esgotar a proposição, que a Justiça Castrense continuará a enfrentar desafios dinâmicos à medida em que as demandas dos jurisdicionados e os contextos sociais evoluam. É de se esperar que a tecnologia desempenhe papel cada vez mais crescente na tarefa de modernização dos processos judiciais, de modo geral, ao mesmo tempo em que se faz cada vez mais indispensável assegurar a eficácia operacional, sem a perda

“...não me assola nenhuma dúvida de que a Justiça Militar prosseguirá buscando, contínua e ininterruptamente, a aplicação de uma jurisdição séria, de qualidade e justa.”

do compromisso com os direitos individuais fundamentais daqueles cidadãos submetidos à ação jurisdicional militar. Além disso, não me assola nenhuma dúvida de que a Justiça Militar prosseguirá buscando, contínua e ininterruptamente, a aplicação de uma jurisdição séria, de qualidade e justa e, claro, o emprego de medidas e ações administrativas transparentes e adequadas às práticas jurídicas e às políticas necessárias ao avanço da JME gaúcha nas próximas décadas.

Direito Militar – No âmbito da Brigada Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio Grande do Sul, qual o papel que a Justiça Militar tem desempenhado na preservação da hierarquia e da disciplina, que são os princípios básicos dessas instituições militares estaduais?

Maria Emília Moura da Silva – A Justiça Militar, reconhecidamente, desempenha papel fundamental na preservação e restabelecimento dos postulados da hierarquia e da disciplina que estruturam as instituições BMRS e CBMRS, garantindo, ao jurisdicionar qualitativamente nas causas cíveis e criminais postas a abrigo de sua competência constitucional, que as normas de natureza penal militar e as normas e regulamentos militares sejam aplicados de maneira equânime e imparcial. Assim, ao lidar com casos de violações disciplinares ou condutas penalmente relevantes, a JME reforça a importância do respeito absoluto às hierarquias militares e ao cumprimento das ordens, contribuindo, pois, para a coesão e eficácia das instituições militares estaduais e, em consequência, à própria ordem social que se vê amparada e protegida diante de

eventuais abusos e excessos dos militares.

Direito Militar – Vossa Excelência gostaria de tecer mais alguma consideração ao encerrarmos esta breve entrevista?

Maria Emília Moura da Silva – Na verdade, compete-me agradecer a oportunidade de compartilhar as perspectivas e objetivos atuais para a JMERS. Sem dúvida, é uma grande honra servir à justiça, à comunidade militar, e ao cabo, à sociedade civil organizada e ordeira com essa linha de trabalho, a qual, é preciso reconhecer, caracteriza nossa Justiça Castrense. Assegura-se o íntegro comprometimento em trabalhar, incansavelmente, para prosseguir na promoção dos trabalhos destinados à busca da equidade, da eficiência e da transparência da nossa Justiça como um todo. Importante destacar que, para continuar nessa trajetória de qualidade e avanço tecnológico e jurisdicional, seguiremos prestigiando o apoio de todos os magistrados e servidores da JME, meio indispensável para alcançarmos nossos objetivos comuns, sobretudo neste momento trágico que o Estado do Rio Grande do Sul atravessa. A calamidade instalada pelas enchentes, os impactos devastadores que já são estimados para a sociedade, na economia e, por óbvio, no alcance da Justiça a todos os gaúchos, com certeza dará a esta Administração peculiar responsabilidade, não somente pela reorganização física do que danificado, mas pela inegável necessidade de se estender meios à recuperação emocional e psicológica daqueles integrantes do nosso quadro funcional, atingidos por essa devastadora tragédia que assolou quase a totalidade do Estado gaúcho.



Marinha do Brasil lança Submarino “Tonelero” ao mar, em Itaguai, Rio de Janeiro.

A Marinha do Brasil (MB) realizou, no dia 27 de março de 2024, o batismo e o lançamento ao mar do Submarino “Tonelero”, no Complexo Naval de Itaguai (RJ). O evento marcou a prontificação do processo construtivo do terceiro Submarino Convencional com Propulsão Diesel-Elétrica (S-BR), construído totalmente no Brasil, no escopo do Programa de Desenvolvimento de Submarinos (PROSUB), que é resultado de uma parceria estratégica firmada, em 2008, entre o Brasil e a França, que prevê a transferência de tecnologia na área militar-naval.

A cerimônia contou com a participação do Presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, acompanhado do Presidente da França, Emmanuel Jean-Michel Frédéric Macron, do Ministro da Defesa, José Mucio Monteiro, do Comandante da Marinha, Almirante de Esquadra Marcos Sampaio Olsen, e demais representantes do Almirantado. Também marcaram presença Ministros de Estado e outras autoridades, bem como membros da indústria de defesa e da comunidade científica e tecnológica.

O Tonelero é equipado com seis turbos de ar-

mas capazes de lançar torpedos, mísseis antinavio e minas. O sistema de combate do submarino tem ainda sensores acústicos, eletro-ópticos e óticos, além de equipamentos de guerra eletrônica.

Seguindo uma tradição naval, a primeira-dama Rosângela da Silva foi a madrinha do submarino no evento da próxima quarta-feira. Em dezembro de 2018, no lançamento ao mar do Riachuelo, a ex-primeira-dama Marcela Temer cumpriu o mesmo papel, assim como, em 2020, fez Adelaide Chaves Azevedo e Silva, mulher do então ministro da Defesa, Fernando Azevedo.

O Prosub prevê a transferência de tecnologia francesa para a construção de embarcações nacionais. Por isso, o Tonelero guarda semelhanças com os submarinos da classe Scorpène. O modelo brasileiro, no entanto, é maior que o francês, tendo 71 metros de comprimento e um deslocamento submerso de 1.870 toneladas. Dotado de quatro motores a diesel e um elétrico, ele tem autonomia de mais de 70 dias, podendo atingir mais de 250 metros de profundidade. A tripulação do Tonelero será composta de oito oficiais, 35 militares e 27 praças.

O Tonelero é um dos quatro submarinos movidos a propulsão convencional desenvolvidos no âmbito do Prosub. Outros dois já foram concluídos e entregues: o Humaitá, em janeiro deste ano, e o Riachuelo, incorporado à esquadra da Marinha em setembro de 2022. O último desses novos submarinos convencionais é o Angostura, ainda em fabricação. No entanto, a principal embarcação militar desenvolvida dentro do programa é o Álvaro Alberto, o submarino de propulsão nuclear da Marinha, previsto para ser concluído no final da década, após diversos atrasos.

“É possível utilizá-los “os submarinos convencionais” em patrulhas, normalmente são mais silenciosos e furtivos. Entretanto, necessitam de emergir para o carregamento das baterias, reduzindo a sua autonomia e alcance operacional. Já os submarinos de propulsão nuclear possuem maior autonomia, podem submergir em águas mais profundas e ampliam o horizonte do emprego estratégico desse armamento”, explica o professor Augusto Teixeira, do curso de Relações Internacionais da UFPB.

Origem do nome

O Tonelero faz menção a uma ação naval concluída pela Marinha Imperial durante a Guerra do Prata, ocorrida entre 1851 e 1852. Na operação, as

embarcações da esquadra brasileira atravessaram, sob fogo do Exército da Confederação Argentina, o Passo de Tonelero, levando tropas brasileiras até a província de Entre-Rios, onde desembarcaram.

O S42, no entanto, não é o primeiro a levar esse nome. Em 2000, o Tonelero S-2, de fabricação britânica, foi palco de um dos mais graves acidentes em um submarino da história do Brasil. Fundeado no cais do arsenal da Marinha do Rio, ele estava passando por reparos quando sofreu um alagamento causado por falhas em válvulas do sistema hidráulico. O submarino, na época avaliado em US\$ 150 milhões, foi a pique, mas os nove militares em seu interior conseguiram escapar. Içado e trazido de volta à superfície, acabou aposentado.

Os demais submarinos convencionais desenvolvidos no Prosub levam também nomes de batalhas e ações navais importantes. O Riachuelo, por exemplo, tem o mesmo nome de um afluente do Rio Paraná, na província de Corrientes, na Argentina. Em 1865, o local foi palco de um conflito decisivo na Guerra do Paraguai, vencido pelas forças brasileiras. Outra operação naval, que levou à captura da fortaleza paraguaia do Humaitá, batizou o submarino incorporado à Marinha em janeiro.

Fonte: Agência Marinha de Notícias



RECURSOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SUSPENSÃO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO CPM.



Cícero Robson Coimbra Neves¹

A Lei n. 14.688/2023² trouxe alterações à Parte Geral e à Parte Especial do Código Penal Militar (CPM)³, algumas muito bem-vindas, mas outras, como já destacamos⁴, dotadas de impropriedades, verdadeiros “desconcertos” que poderiam ter sido evitados com um debate mais profícuo do projeto de lei que nela resultou. Nesta reflexão, apontaremos um desses equívocos, notadamente, a falha na previsão da nova redação do § 4º do art. 125 do Código Castrense. Nele, inseriu-se uma nova causa de suspensão da prescrição da pretensão punitiva: não corre a prescrição enquanto pendentes embargos de declaração ou recursos ao Supremo Tribunal Federal, se estes forem considerados inadmissíveis. Note-se que o legislador reformador se esqueceu de mencionar os embargos de declaração e os recursos ao Superior Tribunal de Justiça.

Para tornar o tema, caminhemos com vagar, contextualizando a abordagem. No mencionado parágrafo, o Código Penal Militar traz as causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva. A prescrição, por esse dispositivo, não correrá, ou seja, estará suspensa, “enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”, “enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro” ou “enquanto pendentes embargos de declaração ou recursos ao Supremo Tribunal Federal, se estes forem considerados inadmissíveis”. Importante aqui não se confundir questão prejudicial com questão preliminar, já que,

enquanto a primeira constitui matéria intimamente ligada ao mérito da causa, necessitando ser julgada antes, a segunda diz respeito ao próprio processo e seu desenvolvimento. Exemplos das preliminares: decisão acerca de uma alegação de cerceamento de defesa, formulada pelo réu, ou mesmo a alegação de suspeição do magistrado. Embora as preliminares necessitem ser conhecidas antes do mérito, elas não possuem valor próprio⁵.

Havia idêntica previsão dos incisos I e II do § 4º do art. 125 do CPM nos incisos I e II do art. 116 do Código Penal comum (CP)⁶ e, por essa razão, conveniente trazer à baila precisa argumentação de César Dario Mariano acerca da suspensão da prescrição punitiva do crime comum. Para o autor, os incisos I e II do art. 116 do CP referem-se à prescrição da pretensão punitiva, e não à prescrição da pretensão executória da pena, e, acerca do inciso I, entende que:

Enquanto não resolvida em outro processo questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime, a prescrição da pretensão punitiva ficará suspensa. Trata-se de questão prejudicial elencada nos arts. 92 a 94 do Código de Processo Penal. Terá como termo inicial a data da publicação da decisão judicial determinando o sobrestamento da ação. A data final será a do trânsito em julgado da decisão sobre a matéria (art. 92 do CPP), ou a que ordenar o andamento do processo (art. 93 do CPP). Exemplos:

1 Promotor de Justiça Militar, lotado na Procuradoria de Justiça Militar de Salvador/BA e atualmente requisitado para a função de Chefe de Gabinete para Assuntos Jurídicos do Procurador-Geral de Justiça Militar, em Brasília/DF. Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar de São Paulo.

2 BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 14.688*, de 20 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14688.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

3 BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

4 NEVES, Cícero Robson Coimbra. A reforma do Código Penal Militar: acertos e desconcertos da Lei n. 14.688, de 20 de setembro de 2023. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 26, n. 162, nov./dez. 2023, p. 9-14.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

6 BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

A) Uma pessoa é acusada de bigamia. Porém, pende processo civil acerca da nulidade do primeiro casamento. Como se discute a existência do primeiro casamento, que é essencial para a caracterização do delito, o curso da ação penal e a prescrição ficarão suspensos até o trânsito em julgado da decisão da causa cível (art. 92 do CPP).

B) Uma pessoa é processada por esbulho possessório. Porém, tramita no cível uma ação de reintegração de posse em que se discute o assunto. Nesse caso, se o juiz criminal suspender a ação penal enquanto se discute a ação possessória no cível, a prescrição ficará suspensa (art. 93 do CPP)⁷.

O primeiro exemplo de César Mariano diz respeito à questão sobre o estado civil de uma pessoa, ou seja, verificar, no exemplo citado, se a pessoa é ou não casada para que se defina a existência do crime de bigamia, atrelando-se ao art. 92 do Código de Processo Penal (CPP)⁸. Observe-se que, quando a lei menciona *estado civil de pessoa*, essa expressão deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, deve relacionar-se não apenas à discussão de a pessoa ser casada, solteira, viúva etc., mas a qualquer discussão acerca de sua situação como pessoa, a exemplo de seu estado político, familiar, civil, individual...⁹ Já no segundo exemplo, discute-se a propriedade com o fito de ensejar ou não o crime de esbulho possessório, portanto, questão diversa da discussão do estado civil da pessoa, adaptando-se, dessa forma, ao art. 93 do CPP.

Em ambos os casos, estar-se-á diante de *questões prejudiciais heterogêneas*, ou seja, aquelas que têm por “conteúdo matéria de outro ramo do direito, podendo, por isso, ser julgadas por juízo que não seja criminal”¹⁰. Essas questões, ademais, podem ser *devolutivas e não devolutivas*, interessando-nos a primeira espécie, traduzidas por “aquelas que devem, em regra, ser apreciadas no juízo não penal”, e que, ainda, podem ser *absolutas* – quando sujeitas obrigatoriamente ao juízo extrapenal – ou *relativas* – em que caberá ao juiz criminal decidir sobre a conveniência de remetê-las ao juízo cível¹¹.

Voltando mais uma vez aos casos suso citados por César Dario Mariano, o exemplo A se trata de uma *questão prejudicial heterogênea devolutiva absoluta*, já que concernente ao estado civil de pessoa. O exemplo B, por sua vez, refere-se a uma *questão prejudicial heterogênea devolutiva relativa*, visto não tratar do estado civil de pessoa, mas da posse, podendo ainda discutir-se nessa espécie a propriedade, as relações contratuais ou empregatícias, entre outros assuntos¹².

O contexto acima delineado, embora com base na legislação processual penal comum, aplica-se perfeitamente à seara do processo penal castrense, analisando-se os artigos correlatos do Código de Processo Penal Militar (CPPM),¹³ a saber, os arts. 122 a 127. Assim, com base nesse diploma, existirão casos em que ocorrerão *questões prejudiciais heterogêneas*, que comportam a classificação de *não devolutivas* ou *devolutivas*. Estas são as que se afiguram como prejudiciais ao mérito da causa penal militar, preenchendo os requisitos estatuídos nos arts. 123 e 124 do Código de Processo Penal Militar, e serão, em regra, apreciadas em juízo não penal.

As *questões heterogêneas devolutivas*, por fim, serão *absolutas* (art. 123 do CPPM) quando obrigatoriamente sujeitas ao juízo extrapenal – v.g. um militar é processado por estupro com presunção de violência pelo fato de a vítima ter menos de 14 anos, porém, tramita no cível

medida judicial que visa à retificação do registro civil, por erro que poderá importar na conclusão de que a vítima não era menor de 14 anos de idade. Serão, ainda, *relativas* (art. 124 do CPPM) aquelas em que caberá ao juiz criminal decidir sobre a conveniência de remetê-las ao juízo cível – v.g. um militar é acusado da prática do previsto no art. 310 do CPM (“participação ilícita”), havendo necessidade de se discutir, antes do julgamento do crime, a regularidade do contrato celebrado com a Administração Militar.

Em arremate, entende-se que somente no caso das *questões prejudiciais heterogêneas* é que ocorrerá a suspensão do curso prescricional. O marco suspensivo inicial será a data da publicação da decisão judicial determinando o sobrestamento da ação em ambos os casos. A data final

“Com perfeita semelhança entre a norma penal comum e a lei penal militar, as lições do autor são aplicadas adequadamente na suspensão do curso prescricional do crime militar.”

7 SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009, p. 281.

8 BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

9 Nesse sentido: BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258. Vide também MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 179.

10 BONFIM. *Curso de processo penal*, op. cit., p. 257.

11 *Ibidem*, p. 257-258.

12 Cf. NUCCI. *Código de Processo Penal comentado*, op. cit., p. 275.

13 BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

da suspensão será a do trânsito em julgado da decisão sobre a matéria no juízo civil (art. 123 do CPPM), ou a que ordenar o andamento, a retomada do processo em face do vencimento do prazo estipulado para a suspensão (art. 124 do CPPM).

A outra causa de suspensão é o cumprimento de pena no estrangeiro, nos termos do inciso II do § 4º do art. 125 do CPM. Sobre o assunto, atendo-se ao Código Penal comum, César Dario Mariano ensina:

Se o agente estiver cumprindo pena no estrangeiro, não correrá a prescrição da pretensão punitiva de delito cometido no Brasil. Isso porque, via de regra, não é possível a extradição nesses casos e o acusado não poderá estar à disposição da Justiça brasileira para o normal andamento do processo.

Todavia, se a pena estiver sendo cumprida no Brasil, a prescrição da pretensão punitiva de delito apurado em outro processo fluirá normalmente¹⁴.

Com perfeita semelhança entre a norma penal comum (inciso II do art. 116 do CP) e a lei penal militar (inciso II do § 4º do art. 125 do CPM), as lições do autor são aplicadas adequadamente na suspensão do curso prescricional do crime militar. Deve-se apenas sedimentar que o marco inicial da suspensão é o ingresso do autor do fato no cárcere estrangeiro, durando até o momento da concessão de liberdade.

Finalmente, como inovação da Lei n. 14.688/2023, conforme já assinalado, o curso prescricional da pretensão punitiva não correrá, nos termos do inciso III do § 4º do art. 125 do CPM, no caso de pendência de embargos de declaração ou recursos ao Supremo Tribunal Federal, se estes forem inadmitidos.

Destaque-se a distinção entre a lei penal comum e a militar, pois nesta apenas os recursos ao Supremo Tribunal Federal estão prestigiados, enquanto naquela grafa-se a expressão “Tribunais Superiores”, sendo esse o ponto que indica o equívoco na redação dada pela reforma do CPM. Esqueceu-se o legislador reformador que um caso de Direito Penal Militar na esfera estadual poderá conhecer enfrentamento, por exemplo, por recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, dando guarida, com a alteração em discussão, a uma dinâmica falha, que não atende a todo o sistema persecutório penal militar.

É possível que a especificidade em colocar apenas o Supremo Tribunal Federal, e não Tribunais Superiores, além do mencionado esquecimento, tenha sido no intuito

de não incluir recursos, em geral, ao Superior Tribunal Militar, pois isso, de fato, levaria a uma situação inusitada, em que uma apelação, por exemplo, não conhecida teria o condão de suspender o cômputo prescricional que antes se seguiu, desde sua interposição. Deve-se sempre lembrar que, embora designado como “Superior”, a Corte Maior Castrense, no âmbito da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar, é também órgão recursal de segunda instância. Para evitar esse efeito indesejado de alcançar os recursos ao Superior Tribunal Militar, poderia o legislador reformador mencionar expressamente os recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e não apenas ao Supremo Tribunal Federal.

Sigamos adiante no comentário a essa nova causa suspensiva da prescrição no CPM. Guilherme Nucci bem dispõe que a

[...] introdução da causa suspensiva do inciso III tem por finalidade impedir a interposição de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores (Especial ou Extraordinário), nitidamente protelatórios. Assim, quando eles forem admitidos, a prescrição corre normalmente; porém, se inadmitidos, a prescrição fica suspensa. Portanto, não mais terá importância prática protelar o término do processo, alcançando-se o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao menos no que concerne à geração da prescrição¹⁵.

Com efeito, evita-se a estratégia meramente protelatória em que se recorre, mesmo sabendo que o remédio não passará pelo juízo de admissibilidade, apenas para postergar a decisão definitiva, com o fim de alcançar o reconhecimento da prescrição. A positivação da causa suspensiva, no entanto, nada mais é do que o reconhecimento do comportamento que a jurisprudência já adotava:

Tendo por base a jurisprudência da Corte de que o indeferimento dos recursos especial e extraordinário na origem — porque inadmissíveis — e a manutenção dessas decisões pelo STJ não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada (HC 86.125/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02.09.2005), o trânsito em julgado da condenação do ora embargante se aperfeiçoou em momento anterior à data limite para a consumação da prescrição, considerada a pena em concreto aplicada¹⁶.

Dessa maneira, interposto o recurso (extraordinário ou

14 SILVA. *Manual de direito penal*, op. cit., p. 281.

15 NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 512. *E-book*.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 737.485/AgR-ED*. Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 17.03.2015, processo eletrônico DJe divulg. 08.04.2015, public. 09.04.2015. Ainda no mesmo caminho: HC 126.594/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31.03.2015; ARE 806.216/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 03.02.2015; HC 125.054/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 06.11.2014. ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. *Esquemático - Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 824. *E-book*.

especial) ou havendo embargos de declaração, suspende-se o prazo prescricional, em caso de sua não admissão, ou seja, em resumo,

uma vez interposto recurso especial ou extraordinário, o prazo prescricional deixa de correr. Se o recurso, futuramente, não for admitido pela falta dos requisitos legais, considerar-se-á ter havido trânsito em julgado, descontando-se o prazo da suspensão. Lembre-se que os recursos especial e extraordinário têm diversos requisitos específicos (não bastando o mero inconformismo) e, por tal razão, antes da análise efetiva do mérito pelos tribunais superiores deve ser feito o chamado juízo de admissibilidade, justamente para a verificação da presença de tais requisitos. Esse juízo de admissibilidade é feito, inicialmente, no próprio tribunal de origem, e, posteriormente, pelo tribunal superior¹⁷.

Mas como solucionar a questão, se o CPM fala expressamente em Supremo Tribunal Federal, na redação pós-reforma? Entendemos que a única solução será a interpretação jurisprudencial no caso específico do Superior Tribunal de Justiça. Assim, quando se tratar de situações envolvendo a Justiça Militar da União em que somente o “apelo extremo” será a via cabível, deverá ser aplicada a letra do inciso III do § 4º do art. 125 do CPM para a suspensão do curso da prescrição da pretensão punitiva. Em um caso oriundo da Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal, por outra via, não se podendo lançar mão da literalidade do CPM, volta-se ao apego jurisprudencial, como se fazia antes, corrigindo a evidente falha legislativa, que apenas não replicou a norma do Código Penal comum por desconhecer a dicotomia da Justiça Militar no Brasil.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: [https://www.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)

[planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei no 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 14.688*, de 20 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/lei/L14688.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 737.485/AgR-ED*. Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 17.03.2015, processo eletrônico DJe divulg. 08.04.2015, public. 09.04.2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. *Esquematizado - Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1997.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. A reforma do Código Penal Militar: acertos e desconcertos da Lei n. 14.688, de 20 de setembro de 2023. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 26, n. 162, nov./dez. 2023, p. 9-14.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009.

¹⁷ ESTEFAM; GONÇALVES *Esquematizado - Direito Penal - Parte Geral*, op. cit., p. 824.

A COMPETÊNCIA PARA A DEFINIÇÃO DO DOLO OU CULPA EM CRIMES CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADOS POR MILITARES ESTADUAIS.



Bruno Cortez T. Castelo Branco¹



Nivaldo de Carvalho Júnior²

1. INTRODUÇÃO: O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA SOBRE A COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR

O princípio da competência sobre a competência (“Kompetenz-Kompetenz”), de origem alemã, traduz o entendimento que, embora incompetente, o juízo provocado detém competência mínima para resolver eventuais questões sobre sua própria competência – seja de ofício ou por provocação da parte, em decisão interlocutória suscetível de agravo ao tribunal a que estiver subordinado.³ Esse princípio encontra previsão tanto no Código de Processo Civil (CPC), quanto no Código de Processo Penal comum (CPP) e no Código de Processo Penal Militar (CPPM).

No CPC⁴, o art. 64, §§ 1º, 2º e 3º, atribui ao juiz a competência mínima para exercer o primeiro controle de sua própria competência, recaindo sobre ele o dever de reconhecer, de ofício, eventual incompetência absoluta, como sucede em hipóteses relacionado à matéria privativa de determinado órgão jurisdicional – a exemplo dos crimes militares definidos em lei, de competência exclusiva da Justiça Militar, consoante art. 124 da Constituição Federal⁵ (CF). O art. 109 do CPP⁶ e o art. 147 do CPPM⁷, por sua vez, preceituam que se o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente em qualquer fase do processo, deverá

declará-lo nos autos, haja ou não alegação da parte.

Dado que o Juiz de Direito do Juízo Militar é o primeiro a examinar a sua própria competência sobre os fatos apurados em Inquérito Policial Militar (IPM) e demais procedimentos extrajudiciais envolvendo militar estadual relativo ao uso de força letal no exercício profissional (art. 16-A do CPPM⁸), inclusive com a obrigatória participação de advogado ou defensor público, a existência de investigação paralela ao IPM, sob a supervisão da Justiça Comum, torna inoperante a função jurisdicional de natureza criminal conferida à Justiça Militar estadual pelo art. 125 da Constituição Federal: processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.⁹

Note-se que não há qualquer referência do citado dispositivo ao elemento subjetivo dos crimes militares para a fixação de competência inicial do Juízo Militar. O que há é tão somente uma remissão à competência constitucional do procedimento do júri quando a vítima do homicídio, aborto, infanticídio ou instigação ao suicídio for civil. O júri, todavia, é apenas um rito ou procedimento¹⁰ que disciplina a forma e sequência da prática dos atos processuais, o modo como o processo avança de fase

- 1 Doutor e Mestre em Direito Penal (Universidade Federal do Paraná - UFPR). Juiz de Direito da Justiça Militar de Minas Gerais. E-mail: brcortez@gmail.com
- 2 Graduado em Direito (Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM). 1º Tenente da Polícia Militar de Minas Gerais. E-mail: nivaldocarvalhojunior@gmail.com
- 3 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo: 2003, Malheiros. p. 230.
- 4 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. § 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício. § 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência. § 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.
- 5 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.
- 6 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.
- 7 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Art. 147. Em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer a existência de causa que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos e os remeterá ao juízo competente.
- 8 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Art. 16-A: “Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.” (destacamos)
- 9 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Art. 125. § 4º: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”. (destacamos)
- 10 O que diferencia o processo do procedimento é o contraditório: “O processo é uma espécie do gênero procedimento, sendo uma sequência de atos (faculdades, poderes, deveres), destinados a um provimento estatal (administrativo, legislativo ou judicial), que tem como importante característica o contraditório”. In: LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 83.

em fase (postulatória, instrutória, decisória, recursal), e não um ramo especializado do Poder Judiciário – basta olhar o art. 92, VI, da Constituição Federal, que deixa de fora o Tribunal do Júri. A competência mínima, portanto, não pode ser de um procedimento, mas do órgão jurisdicional materialmente especializado.

Não o bastasse, a presença de justa causa para a ação penal demanda o encerramento das investigações para a colheita de indícios razoáveis e suficientes do sentido subjetivo transmitido pela conduta (dolo ou culpa). Até lá, cabe ao Juízo ao qual a Constituição Federal atribui o poder de julgar os crimes militares definidos em lei, dentre os quais o homicídio (art. 205 do CPPM), definir o elemento subjetivo do delito, ao menos em juízo de delibação na fase pré-processual, para fins de determinar eventuais medidas cautelares e realizar o controle de legalidade dos atos de investigação e, por fim, proceder à homologação da promoção de arquivamento, declinação de competência, rejeição ou recebimento da denúncia.

Após análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processos de conflito de competência e *habeas corpus* relativos a crimes contra a vida de civil praticados por militares estaduais em serviço, sistematizamos a pesquisa em 5 (cinco) grupos de casos, que passaremos a expor a seguir: (i) indícios razoáveis do dolo de matar (competência da Justiça Comum); (ii) indícios razoáveis do dolo de matar, mas manifesta causa excludente de ilicitude (competência da Justiça Comum); (iii) ausência de justa causa (competência da Justiça Militar); (iv) indícios razoáveis do dolo de ferir ou de homicídio culposo (competência da Justiça Militar); (v) fundada dúvida sobre o dolo de matar (competência da Justiça Comum), hipótese em que proporemos alguns critérios dogmáticos para a definição do elemento subjetivo da conduta.

2. GRUPOS DE CASOS

2.1. Indícios razoáveis do dolo de matar: competência da Justiça Comum

2.1.1: Precedente: STJ - Quinta Turma - Recurso em Habeas Corpus n. 21560/PR - Relator: Min. Felix Fischer.¹¹

Por volta da 1h10 da madrugada, no centro da cidade, quatro policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo quando abordaram uma pessoa trans que circulava no local. Os policiais, de maneira coordenada, agrediram a vítima com socos, pontapés e golpes de tonfa, eliminando qualquer possibilidade de defesa. As lesões corporais infligidas foram tão graves que causaram a rotura do fígado, o que provocou uma hemorragia aguda e levou a vítima à morte. A Justiça Militar optou pelo arquivamento das investigações, por ausência de justa causa, mas concomitantemente a Polícia Civil presidiu outro inquérito que resultou no oferecimento de denúncia perante a Vara do Tribunal do Júri e posterior decisão de pronúncia, confirmada pelo Tribunal de

Justiça comum em sede de Recurso em Sentido Estrito. Os investigados, então, apresentaram Recurso em Habeas Corpus ao STJ buscando o trancamento da ação penal, deduzindo o argumento de que, embora a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares seja da Justiça Comum Estadual, compete à Justiça Especializada Militar verificar se há justa causa para o oferecimento ou não de denúncia. E como a Justiça Militar já havia concluído pelo arquivamento do IPM, a nova persecução penal no âmbito da Justiça Comum implicaria manifesto constrangimento ilegal.

2.1.2 Comentários: Em seu voto, o relator fez expressa referência à ADI 1.493/DF¹², na qual o STF reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade do § 2º do art. 82 do CPPM, que determina que a Justiça Militar deve remeter os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum quando houver indícios razoáveis do elemento subjetivo dolo na investigação de crimes contra a vida em face de civil praticados por militares estaduais em serviço.

Consignou, ainda, que o dispositivo em comento estipula que o início de um inquérito militar deve ocorrer apenas para determinar se existe ou não a possibilidade de um crime doloso contra a vida. Uma vez colhidos elementos de informação que, em tese, confirmam essa hipótese, os autos devem ser necessariamente encaminhados para a Justiça Comum, quem detém a competência constitucional para o seu processo e julgamento. Conclui que a Justiça Militar não tem competência para proceder ao arquivamento de inquérito policial militar quando houver indícios razoáveis do dolo de matar (*animus necandi*) do autor e, caso o faça, como ocorreu na situação fática descrita, esse arquivamento não produzirá efeitos sobre o processo que está em andamento na Justiça Comum.

Os Ministros da Quinta Turma do STJ, por unanimidade, acompanharam o voto do Relator, negando provimento ao recurso dos policiais militares, que pretendia o trancamento de ação penal em trâmite na Justiça Comum na qual foram pronunciados como incurso no art. 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal comum.

2.2. Indícios razoáveis de dolo, mas aparente ausência de ilicitude.

2.2.1. Precedente: STJ - Terceira Sessão - Conflito de Competência n. 145660/SP - Relator Min. Rogério Schietti Cruz.¹³

Durante um patrulhamento de rotina, policiais militares foram informados via rádio sobre o cometimento de um roubo por dois indivíduos armados, os quais, após a consumação do crime, empreenderam fuga usando um caminhão. Os policiais então se depararam com o veículo dos suspeitos e deram sinal de parada ao motorista, mas este não obedeceu à ordem e acelerou o caminhão em direção aos policiais. Ato contínuo, o outro suspeito que estava no banco do carona efetuou disparos contra

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 21560/PR**. Relator: Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgamento: 7 fev. 2008. Publicação: 12 maio 2008.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1494/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 9 abr. 1997. Publicação: 18 jun. 2001.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 145.660/SP**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Terceira Seção. Julgamento: 11 maio 2016. Publicação: 19 maio 2016.

a guarnição que, após ser alvejada, respondeu com tiros, resultando na morte dos dois civis. A partir daí, foram instaurados simultaneamente um inquérito policial civil (IP) e um inquérito policial militar (IPM). No segundo, o Ministério Público requereu a remessa dos autos do IPM para a Justiça Comum, por se tratar de crime doloso contra a vida de civil. O Juízo Militar, no entanto, indeferiu o pleito ministerial, sob o fundamento de que, “inexistindo o crime militar em face da legítima defesa por parte dos policiais militares investigados, caberia à Justiça Militar Estadual decidir sobre a matéria”.

2.2.2. Comentários: Passaremos à apresentação dos pontos mais relevantes do voto do Relator e de comentários adicionais para o entendimento da matéria.

(i) Restrições à investigação criminal pela Polícia Judiciária Militar: A instauração de inquérito policial militar deve restringir-se à averiguação de ocorrência de crime (que pode ou não ser doloso contra a vida). Uma vez coletados elementos de informação acerca da prática de possível crime doloso contra a vida, os autos de inquérito devem ser remetidos à Justiça comum. Esse entendimento confirma a jurisprudência exposta no caso anterior.

(ii) Incompetência absoluta da Justiça Militar e ausência de preclusão da decisão anterior de arquivamento: A decisão de arquivar um inquérito, proferida por juízo absolutamente incompetente para julgar crimes dolosos contra a vida de civis, não opera efeito preclusivo negativo (preclusão *pro judicato*) e não faz coisa julgada material, especialmente porque foi tomada durante a fase investigativa, quando ainda não existia uma ação formalizada e, consequentemente, não havia um processo judicial estabelecido.

(iii) Inaplicabilidade do princípio da competência sobre a competência (Kompetenz-Kompetenz):

O exame de causas justificantes pelo Juízo Militar em crimes dolosos contra a vida de civil não está contemplado na sua competência mínima para reconhecer ou rejeitar a própria competência (“Kompetenz-Kompetenz”). Isso porque, para afirmar-se competente para arquivar o inquérito policial militar na espécie, o Juízo Militar necessitaria incursionar na esfera de competência que a Constituição Federal expressamente atribui à Justiça Comum.

(iv) Natureza jurídica da decisão de arquivamento: Citando o processualista Afrânio Silva Jardim¹⁴, o Relator fez constar que a decisão de arquivamento é um ato judicial, porque prolatada por Juiz, mas de natureza não jurisdicional. Isso porque, no

procedimento de arquivamento, o Juiz apenas exerce uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, mas decisão de propor ou não a ação penal é sempre do órgão do Ministério Público. “Como imaginar ser um ato de soberania do julgador a decisão que pode ser condicionada a ato administrativo de outro agente público?”, ressaltou. Se não há ação, jurisdição ou processo, conclui, a decisão de arquivamento não fica protegida pelo manto da coisa julgada material.

Aury Lopes Jr.¹⁵ salienta, no entanto, que não se admite a reabertura das investigações com base na Súmula 524 do STF¹⁶ se a decisão judicial de arquivamento do inquérito for de cunho material, fundando-se no reconhecimento de ausência de elementos intrínsecos do conceito analítico de delito, como atipicidade da conduta, manifesta excludente de ilicitude ou de culpabilidade, e extinção da punibilidade. Essa posição é corroborada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que na Questão de Ordem suscitada no IP 1604/AL distinguiu duas situações: se a decisão é de **natureza material**, terá a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico, impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa; se a decisão é **natureza formal**, por falta de base empírica (ausência de justa causa), surte efeitos *rebus sic stantibus*, o que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia.¹⁷

O STF, contudo, flexibilizou esse entendimento no HC n. 95.211/ES: ainda que haja pedido de arquivamento pelo Ministério Público e sua respectiva homologação pelo

Juízo competente, será possível o desarquivamento e o consequente oferecimento de denúncia quando a razão de decidir do arquivamento anterior repousar na incidência de uma causa de justificação e surgirem novas provas.¹⁸

(v) “Novas provas”: a delimitação do conceito de “novas provas” é bem esclarecida no acórdão do RHC n. 18.561 do STJ: “a) que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento”. Ou, nas palavras de Tourinho Filho, “são aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento”¹⁹. Logo, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida,

“A presença de justa causa para a ação penal demanda o encerramento das investigações para a colheita de indícios razoáveis e suficientes do sentido subjetivo transmitido pela conduta.”

14 SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 120.

15 LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 291.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 524**: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 1604 QO**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgamento: 13 nov. 2002. Publicação: 13 dez. 2002.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95211/ES**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgamento: 10 mar. 2009. Publicação: 22 ago. 2011.

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Volume 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 89.

e diante da retificação das declarações anteriormente prestadas, tem-se a ocorrência de novas provas suficientes para o desarquivamento do inquérito policial.²⁰ Não se admite, contudo, a mera repetição de atos já praticados, como o depoimento prestado quase três anos depois por duas testemunhas durante o trâmite de processo cível, as quais já tinham sido ouvidas durante o curso do inquérito policial, com pequenas divergências na narrativa devido ao decurso do tempo e ao modo de condução das perguntas pelas partes.²¹

(vi) Impossibilidade de arquivamento de ofício (seja indireto ou implícito): O Ministério Público, titular da ação penal, não requereu o arquivamento do inquérito policial militar, apenas o seu encaminhamento para o juízo comum estadual, onde já tramitava simultaneamente um inquérito policial conduzido pela Polícia Civil. O Relator sublinhou que o sistema de controle da obrigatoriedade da ação penal em relação ao pedido de arquivamento de inquérito policial segue a mesma disciplina na legislação criminal comum (art. 28 do CPP^{22,23}) e na legislação criminal castrense (art. 397 do CPPM²⁴).

A jurisprudência do STJ, portanto, não admite o denominado “arquivamento indireto”, quando o membro do Ministério Público opina pela declinação de competência e o Juízo não acata o pronunciamento, pois nesta hipótese o magistrado deve

aplicar analogicamente o art. 28 do CPP e encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, e não arquivar, automaticamente, o procedimento investigatório. A jurisprudência do STF, por sua vez, não admite o chamado “arquivamento implícito”, quando o Ministério Público, apesar de já possuir elementos suficientes para a acusação, deixa de incluir um dos autores na primeira denúncia, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal pública.²⁵

Embora não seja possível o arquivamento de ofício pelo magistrado, a Lei nº 14.836/2024 acrescentou o art. 647-A ao CPP²⁶, autorizado expressamente a concessão de ofício de ordem *habeas corpus* em qualquer fase do processo penal, em caso de manifesto constrangimento ilegal (como a tramitação de um procedimento de investigação criminal por exorbitante e injustificável lapso temporal, sem cumprimento das diligências no prazo estabelecido pelo magistrado, p. ex.), desde que o Juiz seja competente para a causa – o que pode ser aplicado por analogia pela Justiça Castrense com supedâneo no art. 3º, a, do CPPM.²⁷

2.3. Ausência de justa causa: competência da Justiça Militar estadual

2.3.1. Precedente: STJ - Terceira Seção - Conflito de Competência n. 130.779/RS - Relatora: Min. Laurita Vaz.²⁸

- 20 “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL: arquivamento ordenado por juiz competente a pedido do Ministério Público, com base no estrito cumprimento do dever legal. Excludente de ilicitude. Antijuridicidade. Desarquivamento. Novas provas: possibilidade. Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal. Ordem denegada. 1. A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, a pedido do Ministério Público e determinada por juiz competente, que reconhece que o fato apurado está coberto por excludente de ilicitude, não afasta a ocorrência de crime quando surgirem novas provas, suficientes para justificar o desarquivamento do inquérito, como autoriza a Súmula 524 deste Supremo Tribunal Federal. 2. Habeas Corpus conhecido e denegado”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 18.561/ES**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Julgamento: 11 abr. 2006. Publicação: 1 ago. 2006.
- 21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 122328/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Julgamento: 19 nov. 2009. Publicação: 14 dez. 2009.
- 22 Na **ADI 6.298/DF** (Juiz das Garantias), o STF decidiu que a nova redação do art. 28 do CPP, ao excluir qualquer possibilidade de controle judicial sobre o ato de arquivamento da investigação, violou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Conferiu, então, interpretação conforme ao referido dispositivo, concluindo que: “se a instauração do inquérito deve ser cientificada ao juízo competente, também o arquivamento dos autos precisa ser-lhe comunicado, não apenas para a conclusão das formalidades necessárias à baixa definitiva dos autos na secretaria do juízo, mas também para verificação de manifestas ilegalidades ou, ainda, de manifesta atipicidade do fato, a determinar decisão judicial com arquivamento definitivo da investigação”.
- 23 Aury Lopes Jr., interpretando a ADI 6.298/DF, propõe a seguinte aplicação do novo art. 28 do CPP: “para conciliar o texto legal com a decisão do STF, pensamos que o melhor é: o MP ordenará (ou promoverá) o arquivamento, mas essa determinação está submetida a homologação do juiz (com quem o STF) e sujeita ao pedido de revisão (recurso inominado) por parte da vítima, para a instância recursal do MP.” In: LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 89.
- 24 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Art. 397: “Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n.º I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.”
- 25 “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME DE TORTURA APENAS NA SEGUNDA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NESTA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA. PRECEDENTES DA CORTE. I – Alegação de ocorrência de arquivamento implícito do inquérito policial, pois o Ministério Público estadual, apesar de já possuir elementos suficientes para a acusação, deixou de incluir o paciente na primeira denúncia, oferecida contra outros sete policiais civis. II – Independentemente de a identificação do paciente ter ocorrido antes ou depois da primeira denúncia, o fato é que não existe, em nosso ordenamento jurídico processual, qualquer dispositivo legal que preveja a figura do arquivamento implícito, devendo ser o pedido formulado expressamente, a teor do disposto no art. 28 do Código Processual Penal. III – Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela. IV – Não aplicação do princípio da indivisibilidade à ação penal pública. Precedentes. V – Habeas corpus denegado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104356/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgamento: 19 out. 2010. Publicação: 2 dez. 2010.
- 26 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Art. 647-A: “No âmbito de sua competência jurisdicional, qualquer autoridade judicial poderá expedir de ofício ordem de habeas corpus, individual ou coletivo, quando, no curso de qualquer processo judicial, verificar que, por violação ao ordenamento jurídico, alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Parágrafo único. A ordem de habeas corpus poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em processo de competência originária ou recursal, ainda que não conhecidos a ação ou o recurso em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal.”
- 27 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Art. 3º: “Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.”
- 28 No mesmo sentido, em caso envolvendo dois médicos militares do Exército que diagnosticaram erroneamente uma criança com virose em um hospital militar e a falta de atendimento adequado levou os pais a buscar outro hospital, onde a criança foi diagnosticada com pneumonia avançada e acúmulo de água nos pulmões, e logo após morreu, assim decidiu o STJ: “Para se eliminar a **fundada dúvida** quanto ao elemento subjetivo da conduta, de modo a afirmar se o agente agiu com dolo eventual ou culpa, é necessário o exame acurado do conjunto probatório, a ser coletado durante a instrução criminal, observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.” In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 130.779/RS**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgamento: 11 jun. 2014. Publicação: 4 set. 2014.

Durante um patrulhamento de rotina, policiais militares foram informados via rádio sobre o cometimento de um roubo por dois indivíduos armados, os quais, após a consumação do crime, empreenderam fuga usando um caminhão. Os policiais então se depararam com o veículo dos suspeitos e deram sinal de parada ao motorista, mas este não obedeceu à ordem e acelerou o caminhão em direção aos policiais. Ato contínuo, o outro suspeito que estava no banco de carona efetuou disparos contra a guarnição que, após ser alvejada, respondeu com tiros, resultando na morte dos dois civis. A partir daí, foram instaurados simultaneamente um inquérito policial civil e um inquérito policial militar. No segundo, o Ministério Público requereu a remessa dos autos do IPM para a Justiça Comum, por se tratar de crime doloso contra a vida de civil. O Juízo Militar, no entanto, indeferiu o pleito ministerial, sob o fundamento de que, “inexistindo o crime militar em face da legítima defesa por parte dos policiais militares investigados, caberia à Justiça Militar Estadual decidir sobre a matéria”.

2.3.2. Comentários:

A ausência de ilicitude da conduta deve ser analisada, em regra, mediante prévio contraditório das partes em sede jurisdicional, uma vez que o inquérito policial não constitui o instrumento jurídico adequado para o confronto de teses, o exame aprofundado dos fatos, a produção de provas e o exercício de direitos e deveres decorrentes da relação jurídica processual. Com base na teoria da indiciabilidade (*ratio cognoscendi*), há uma indiciabilidade latente na tipicidade, presumindo-se, num primeiro momento, que toda ação típica é também antijurídica. Assim, a avaliação quanto às possíveis causas excludentes de ilicitude apenas ocorre após o juízo de adequação típica (ação ou omissão voluntária, resultado jurídico, nexos causal-normativo, tipicidade material, tipicidade subjetiva: dolo ou culpa).

Em situações excepcionais, no entanto, o STJ assente com a possibilidade de arquivamento prematuro do inquérito policial diante de patente ausência de justa causa (*fumus commissi delicti*²⁹), em sua compreensão ampla, abrangendo todos os elementos do conceito analítico de delito. Nesse particular, Afrânio Silva Jardim conceitua justa causa como o “suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples

instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.”³⁰

O Ministério Público, contudo, não pode postular o arquivamento do inquérito policial (ou de procedimento investigatório criminal) sustentando, por exemplo, uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. O único fundamento material que pode subsidiar a decisão de arquivamento, portanto, é a ausência das condições para o exercício da ação do art. 41 do CPP (que corresponde ao art. 77 do CPPM³¹, este com alguns requisitos adicionais), porque faltaria justa causa para a acusação. Em outras palavras: o Ministério Público não pode promover o arquivamento do IP ou IPM alegando legítima defesa, e sim que não há prova de que a conduta praticada é ilícita.³²

Esse era o posicionamento de **Hélio Tornaghi**: “É verdade que se estiver a excludente provada a ponto de não deixar

qualquer dúvida, então pode o MP pedir o arquivamento das peças de informação ou do inquérito, da mesma forma que ao juiz é dado rejeitar a queixa ou a denúncia, mas com fundamento na falta de interesse [de agir]”³³

E, na mesma linha, **Assis Toledo**: “onde houver uma causa de justificação suficientemente caracterizada, faltará uma condição da ação penal, pois o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público”³⁴

A Min. Maria Thereza de **Assis Moura**, em obra específica sobre o tema, disserta que a justa causa figura como uma espécie

de “antídoto” de proteção contra o abuso de Direito, limitando o exercício do *ius puniendi* estatal. Assimila-se à “possibilidade da condenação” sob uma dúplici vertente: no plano jurídico, significa a legalidade da acusação; no plano axiológico, a legitimidade da acusação. E completa, realçando que o conceito de justa causa se estende a todos os elementos do conceito analítico de delito: “para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor, e um mínimo de culpabilidade”³⁵.

Assim, para a Relatora, é da Justiça Castrense a competência para arquivamento de inquérito quando **evidenciada, de forma incontestável**, sem necessidade de dilação probatória, que a

“O Ministério Público, contudo, não pode postular o arquivamento do inquérito policial sustentando, por exemplo, uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.”

29 Para Aury Lopes Jr, a exigência de justa causa para a ação penal é um corolário do princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de excesso. Esclarece, ademais, que justa causa e *fumus commissi delicti* são condições distintas da ação penal: “Não há que se confundir esse requisito com a primeira condição da ação (*fumus commissi delicti*). Lá, exigimos fumaça da prática do crime, no sentido de demonstração de que a conduta praticada é aparentemente típica, ilícita e culpável. Aqui, a análise deve recair sobre a existência de elementos probatórios de autoria e materialidade. Tal ponderação deverá recair na análise do caso penal à luz dos concretos elementos probatórios apresentados.” In: LOPES JR, 2024, p. 102.

30 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 95.

31 BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Art. 77: “A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir; b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado; c) o tempo e o lugar do crime; d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível; e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; f) as razões de convicção ou presunção da delinquência; g) a classificação do crime; h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação.”

32 SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 148-149

33 TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho - Editor, 1953. p. 122.

34 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169.

35 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 222.

prática de homicídio por policiais militares de serviço contra civil se deu **em legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal, por ausência de justa causa** (No mesmo sentido: CC n. 145.710/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães – Desembargador convocado do TRF 5ª, DJe 31/3/2016 – decisão monocrática; AgRg no CC n. 133.875, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 25/8/2014 AgRg no CC n. 133.875/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 25/8/2014; CC n. 120.201/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 14/5/2012; CC n. 64.016/AM, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22/10/2007).

O ponto-chave que distingue essa terceira hipótese da segunda, portanto, é a desnecessidade de dilação probatória na fase processual para se concluir pela manifesta e evidente ausência de acervo probatório mínimo acerca da materialidade delitiva.

2.4. Indícios razoáveis do dolo de lesionar ou de crime culposo: competência da Justiça Militar estadual

2.4.1. Precedente: STJ - Terceira Seção - Conflito de Competência n. 120.201/RS - Relatora: Min. Laurita Vaz.

Durante um plantão, policiais militares foram informados sobre a presença de um foragido da justiça em uma casa de tolerância. Ao tentarem recapturar o civil, este fugiu, desencadeando uma perseguição e troca de tiros, que resultaram em ferimentos nos foragidos. Um inquérito policial militar foi instaurado para investigar o caso como uma possível infração penal militar de lesões corporais. Contudo, a Promotoria de Justiça Militar considerou os fatos como tentativa de homicídio, requerendo o encaminhamento do caso para a Justiça Comum. O Juízo Militar, contudo, não identificou indícios razoáveis da intenção de matar e submeteu o caso ao Procurador-Geral de Justiça, que determinou simplesmente a restituição do inquérito à Justiça Militar, sob o entendimento de que não houve pedido formal ou implícito de arquivamento dos autos. Diante do impasse, o Juízo Militar suscitou conflito de competência, sob o fundamento de que “a competência para decidir se há presença de dolo na conduta dos policiais pertence à Justiça Especializada”.³⁶

2.4.2. Comentários:

Uma arma de fogo é o suficiente para desvelar o aventado *animus necandi*? Afinal, como poderia alguém, portando um instrumento tão intimidante e ofensivo, não querer matar? Por certo, a arma utilizada é um importante indicador objetivo do dolo e pode até mesmo ser o principal, como no caso de uma granada ou um canhão, de alto potencial destrutivo – mas, no caso analisado, não é possível considerá-lo o único fator relevante.

O equívoco está em imaginar ser possível abstrair o dolo da mente do sujeito: a uma, porquanto a intenção do sujeito é, de *per se*, inacessível ao observador externo; e, a duas, nas trilhas do paradigma linguístico aqui adotado, porque dolo só pode ser compreendido, e não descoberto, posto que resulta de um processo normativo de valoração e imputação *post factum* deduzido da interação social com outros falantes, e não de um exame descritivo da psique interna, do estado mental do acu-

sado, no momento da ação. O dolo está, pois, na própria ação, e não na mente.

A aferição do tipo de ação de que se trata depende, pois, de uma análise tópica ou circunstancial dos indicadores externos da ação: a arma empregada, o local atingido (cabeça, membros inferiores ou superiores, peitoral, etc), a distância entre autor e vítima (trajetória do disparo, curta ou longa distância, etc), a natureza da agressão perpetrada (contundente, cortante, perfuro-contundente, etc), os recursos disponíveis para levar a cabo o objetivo morte (arma de fogo, arma branca, bastões, etc) e todas as demais variáveis (quantidade de golpes ou de disparos, p. ex) que, de algum modo, demonstrem as opções de conduta disponíveis para o autor. É essa transmissão de sentido que define se o dolo efetivamente era, no caso concreto, um dolo de homicídio ou de lesão corporal.³⁷ Assim, será possível formar um juízo de valor/uma conclusão sobre o caso; definindo, então, a competência do Juízo Militar.

A Relatora, Min. Laurita Vaz, destacou que, no caso, pelos dados constantes nos autos, não se vislumbrava indícios mínimos de dolo homicida (*animus necandi*) na conduta praticada, sendo descabido entender pela competência da Justiça Comum. Ressaltou que o policial militar que em serviço, ao efetuar troca tiros com foragido da justiça que resiste à ordem de recaptura, age no exercício de sua função e em atividade de natureza militar, o que evidencia a existência de crime castrense, ainda que cometido contra vítima civil.

2.5. Fundada dúvida sobre o dolo: competência da Justiça Comum estadual?

2.5.1. Precedente: STJ - Terceira Seção - Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 140409/SP - Relator: Min. Gurgel de Faria.

Durante uma abordagem policial, ao ser solicitado a parar, um motociclista inicialmente reduziu a velocidade, mas em seguida acelerou bruscamente para fugir. O condutor, que transportava a vítima na garupa, alega que não parou devido a problemas nos freios e afirma que o policial apontou a arma diretamente para ele e disparou deliberadamente, negando qualquer choque com seu capacete. Por outro lado, outras testemunhas relataram que houve um possível choque do capacete com a arma do policial quando o condutor fez menção de parar, mas em seguida acelerou para fugir e apresentou como justificativa o fato de sua carteira de habilitação estar suspensa. Também foi dito pelas demais testemunhas que o acusado teve que se esquivar da motocicleta de Felipe e foi neste momento que aconteceu o disparo. O policial militar foi denunciado por homicídio culposo na Justiça Militar estadual de São Paulo, porque, de acordo com o Ministério Público, não observou a regra técnica de sua profissão, por não ter mantido a arma na posição sul e deixar o dedo no gatilho, mas foi absolvido em primeira e segunda instâncias, consignando-se que a versão do condutor da motocicleta restou isolada nos

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 120.201/RS**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgamento: 25 abr. 2012. Publicação: 14 maio 2012.

37 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Especial. v. 2. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 85.

autos e que o acusado tinha motivos para instintivamente sacar a arma, ante a iminência de ser atropelado pela moto que estava se evadindo do bloqueio policial. Paralelamente, o acusado foi denunciado e pronunciado na Justiça Comum pela prática, em tese, de homicídio doloso.

2.5.2. Comentários:

A Terceira Sessão do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 140409/SP, Relator Min. Gurgel de Faria, estabeleceu duas premissas:

(i) a fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo (dolo ou culpa) da conduta define a competência constitucional do Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares estaduais em serviço, pois requer o exame acurado do conjunto probatório a ser produzido durante a instrução criminal, por força do princípio *in dubio pro societate*, com a posterior remessa dos autos ao juízo militar, em caso de afastamento do dolo.

(ii) o fato de o acusado já ter sido processado na Justiça Militar por homicídio culposo e absolvido na primeira e segunda instâncias, mas ainda sem trânsito em julgado, não obsta nulidade do feito processado no juízo militar, tendo em vista se tratar de competência de ordem constitucional.³⁸

A fim de sanar essa fundada dúvida, e desde logo verificar se há elementos de informação suficientes para definir ou não a competência constitucional da Justiça Militar, propomos uma análise contextual do sentido da ação (teoria significativa com base na filosofia da linguagem) a partir de indicadores parciais do dolo, dentre os quais a ativação ou não de contrafatores de evitação do resultado, o perigo coberto/descoberto/remoto e o perigo qualificado/leviano, sempre considerando as habilidades ou conhecimentos especiais do autor (domínio da técnica).

Neste sentido, é possível utilizar os seguintes critérios para verificar se houve dolo eventual ou culpa na conduta do militar: (i) Utilização de contrafatores pelo militar no momento da ação (protocolo de abordagem a motocicletas); (ii) espécie de instrumento/técnica empregados pelo militar na ação (uso diferenciado da força)³⁹; (iii) distância entre militar e vítima e potencialidade

lesiva do instrumento utilizado na ação; (iv); o perigo do resultado morte poderia ser evitado por um comportamento do autor ou da vítima?; (v) nível de previsibilidade objetivamente exigível; (vi) o modo de agir do militar criou riscos que uma pessoa sensata normalmente não aceitaria correr, porque muito provavelmente causaria a realização do resultado?

Aplicando-se a teoria da ação significativa, conclui-se que:

(I) Para proceder à abordagem a motocicletas, o policial militar deve observar os princípios do pensamento tático, mapeando o local da intervenção em função da avaliação de riscos. Tais intervenções devem ser precedidas de um planejamento cauteloso que permita ao policial militar prever possíveis reações do abordado.⁴⁰

(II) Policiais militares não devem disparar contra veículos que desrespeitem um bloqueio de via pública, a não ser que ele represente um risco imediato à vida ou à integridade

dos policiais militares ou de terceiros, caso o motorista utiliza o veículo como “arma”.⁴¹ Em casos de evasão de veículos, a técnica adequada é o acionamento do plano de cerco/bloqueio/interceptação.

(III) Durante abordagem a veículos, o policial militar deve atuar na área de segurança, onde tem o domínio da situação, havendo, presumidamente, menor riscos à integridade física e à segurança dos policiais militares, nos casos de reação da pessoa abordada.⁴² Ademais, não é justificável disparar arma de fogo contra uma pessoa em fuga, que esteja desarmada ou que não represente um risco iminente ou atual de morte ou de grave ferimento aos policiais militares, ou a terceiros.

(IV) A morte da vítima poderia ter sido evitada caso o motociclista tivesse acatado a ordem de parada proferida pelo policial ou este não estar com a arma engatilhada e apontada em direção aos ocupantes da motocicleta.

(V) Os policiais militares devem dominar as normas de segurança, os fundamentos de tiro e os aspectos éticos e legais a fim de utilizar adequadamente o armamento, com segurança e precisão. Para tanto, deverão treinar, regularmente, as técnicas que melhorem o manejo das diversas armas de fogo disponíveis para o serviço operacional.

“O Juiz de Direito do Juízo Militar é competente para exercer o controle de legalidade das investigações policiais militares que visam a apurar as circunstâncias que envolvem o uso de força potencialmente letal pelos militares.”

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 140409/SP**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Terceira Seção. Julgamento: 25 nov. 2015. Publicação: 1 fev. 2016.

39 Entende-se por uso diferenciado da força o resultado escalonado das possibilidades da ação policial militar, diante de uma potencial ameaça a ser controlada. Essas variações de níveis podem ser entendidas desde a simples presença e postura correta do policial militar (devidamente fardado, armado e equipado) em uma intervenção, bem como o emprego de Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo (IMPO) e, em casos extremos, o disparo de armas de fogo. (MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020**: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força / Comando-Geral. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020, p. 59)

40 MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.04/2020**: Abordagem a veículos. Belo Horizonte: Comando-Geral, Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020, p. 47

41 MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020**: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força / Comando-Geral. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020, p. 70-79.

42 MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.04/2020**: Abordagem a veículos. Belo Horizonte: Comando-Geral, Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020, p. 17

(VI) O policial militar sensato não deveria atirar quando as consequências decorrentes do disparo de sua arma de fogo forem mais graves do que as ameaças sofridas pelas pessoas que estão sendo defendidas (objetivo legal pretendido).⁴³

Assim, interpretando a ação a partir de indicadores normativos de dolo, seria possível chegar à conclusão de que o tipo em tese praticado pelo policial militar, no caso em apreço, é o de homicídio imprudente, e não de homicídio doloso, o que definiria a competência do Juízo Militar para o seu processamento e julgamento. Isso porque a “fundada dúvida” sobre o dolo deriva, em geral, da falta de critérios hermenêuticos para a valoração do desvalor de ação. Se continuarmos a considerar que o dolo é uma “atitude mental” do autor, essa dúvida nunca se dissipará, porque ninguém, que não o próprio sujeito, tem acesso privilegiado ao conteúdo da sua consciência. Cabe ao magistrado decidir não conforme a sua consciência ou a consciência de outrem, mas com esteio em indicadores externos que transmitam o *sentido de algo* dentro de um contexto específico.

3. CONCLUSÃO

O Juiz de Direito do Juízo Militar é competente para exercer o controle de legalidade das investigações policiais militares que visam a apurar as circunstâncias que envolvem o uso de força potencialmente letal pelos militares, em serviço ou agindo em razão da função, contra civis.

Enquanto perdurar a coleta de elementos de convicção aptos a demonstrar justa causa para deflagração de ação penal ou arquivamento do feito, cabe à justiça especializada decidir sobre a imposição de medidas cautelares contra o militar e também garantir os direitos do investigado, sobretudo a assistência jurídica prevista no art. 16-A do Código de Processo Penal Militar.

Para valorar se a conduta do policial militar transmite o sentido de dolo eventual ou culpa grave (consciente) em dado contexto, alguns indicadores externos da ação podem funcionar como critérios de imputação do elemento subjetivo: (i) O autor dominava a técnica, isto é, treinou adequadamente o protocolo de abordagem policial e, portanto, detinha a capacidade de prever a alta probabilidade de realização do perigo criado? Quanto maior o potencial lesivo do instrumento empregado, bem como a quantidade de golpes ou disparos de projéteis, ou a vulnerabilidade da região do corpo atingida, tanto maior a intensidade do perigo criado; (ii) Ainda que o perigo de realização do resultado fosse altamente provável para uma pessoa racional (“homem médio”), era possível evitar o resultado morte por uma ação mais cautelosa do autor (não deixar o dedo no gatilho ou apontar o cano da arma de fogo para baixo, p. ex) ou da própria vítima (não furar o bloqueio e conduzir o veículo em direção ao policial, p. ex.), ou a evitabilidade desse resultado dependia apenas por fatores aleatórios, como sorte ou azar (“perigo descoberto”)? (iii) O au-

tor, concretamente, ativou contrafatos ou medidas de cautela (uso progressivo e diferenciado da força, p. ex.) que transmitam o sentido de que ele não se comprometeu intersubjetivamente com a violação do bem jurídico vida?

Ao final das investigações e após manifestação do Ministério Público, incumbe ao Juiz de Direito do Juízo Militar: (i) declinar a competência para a justiça comum, se houver indícios razoáveis do dolo de matar, ainda que se tenha aparente ausência de ilicitude, ou quando houver fundada dúvida sobre o dolo; (ii) fixar a competência da justiça militar nos casos de ausência de justa causa para persecução penal (ex. indubitável excludente de ilicitude que dispense dilação probatória) ou indícios razoáveis de ausência do dolo de matar.

REFERÊNCIAS

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo, 2003: Malheiros.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 89.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 291
- MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força / Comando-Geral. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020.
- MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. Manual Técnico-Profissional nº 3.04.04/2020: Abordagem a veículos. Belo Horizonte: Comando-Geral, Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020.
- Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho - Editor, 1953.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Volume 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

43 MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força / Comando-Geral**. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3). 2020, p. 70-79.

Ampliação da competência das Justiças Militares Reunião com o Presidente do CNJ

23/04/24 – Ministro Luís Roberto Barroso



Mesa de reunião



Fabio Duarte Fernandes, TJM/RS; Paulo Adib Casseb, TJM/SP; Getúlio Correa, Pres. AMAJME; Luís Roberto Barroso, Pres. STF e CNJ; Frederico Mendes Júnior, Pres. AMB; Rúbio Paulino Coelho, TJM/MG; Carlos, Alberto Martins Filho, Pres. Ajuris; e Cristiano Vinhalba Flores, Pres. Amagis-DF.

25/03/24 – Visita ao Corregedor Nacional do CNJ



James Ferreira Santos, TJM/MG; Orlando Eduardo Geraldí, TJM/SP; Frederico Mendes Junior, Pres. AMB; Luis Felipe Salomão, Ministro Corregedor Nacional do CNJ; Fabio Duarte Fernandes, TJM/RS; Paulo Adib Casseb, TJM/SP; Gildo Alves C. Filho, Presidente da Amazon.

Inclusão da disciplina Direito Militar nos exames da Ordem dos Advogados.

24/04/24 – Presidência do Conselho Federal da OAB



Fabio Duarte Fernandes, TJM/RS; Rafael Horn e Beto Simonetti, Vice Presidente e Presidente do Conselho Federal da OAB, respectivamente, e Getúlio Corrêa, Pres. AMAJME.

Seminário Sistema Jurídico Militar Comparado Brasil e Itália, etapa Roma/Itália, Março/2024.



Enio Luiz Rossetto, Pres. TJM/SP, tema “Competência dos Tribunais Militares dos Estados/Brasil” e a direita Stefano Palazzi, Pres. Tribunal Militar de Roma, tema “Competência do Tribunal Militar Roma/Italia.”



Paulo Adib Casseb, Des. Mil TJM/SP, tema “Atuação da Associação Internacional das Justiças Militares”

Solenidade de posse dos novos gestores do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, 21/03/24.



Mesa dos trabalhos.

ASSINATURAS DO LIVRO DE POSSES



Jadir Silva, Presidente.



James Ferreira Santos – Vice-Presidente.



Sócrates Edgard dos Anjos - Corregedor



Fernando José Armando Ribeiro - Ouvidor



Convidados.

Solenidade de posse no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, 12/03/24.



Mesa dos trabalhos.

ASSINATURAS DO LIVRO DE POSSE



Ricardo Juhás Sanches assina o livro de posse no cargo de Desembargador Militar.



Enio Luiz Rossetto, Des.Mil Presidente do TJM/SP, assina o livro de posse do empossado.



Convidados.

Solenidade comemorativa aos 216 anos da Justiça Militar da União, 10/04/24.



Solenidade de abertura



Desembargador TJSC Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Corregedor-Geral da Justiça, homenageado com a Comenda da Ordem do Mérito Judiciário Militar da União.



Pércles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro do STM e Luiz Antônio Zanini Fornerolli, ladeado por Oficiais do Exército Brasileiro.

Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina empossa novos defensores, 11/03/24.



João Joffily Coutinho, Defensor Público Presidente da ADEPESC; Dayana Luz, Subdefensora Pública-Geral/SC; Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Des. Presidente do TJSC; Enio Gentil Vieira Junior - Defensor Público empossado; Renan Soares de Souza, Defensor Público-Geral/SC; Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira, Defensor Público empossado; e Getúlio Corrêa, Des. TJSC e Presidente da AMAJME.

Visita da ANMPM ao TJM/SP, 25/04/24



Paulo Adib Casseb, Pres. AIJM; Enio Luiz Rossetto, Des. Mil Pres. TJM/SP; Nelson Lacava Filho, Pres. ANMPM; e Marcelo Weitzel Rabello de Souza, Subprocurador Geral MPM/União.

A CITAÇÃO OU INTIMAÇÃO POR HORA CERTA E A INTIMAÇÃO POR WHATSAPP NA JUSTIÇA MILITAR.



Lanna Saleh¹



Ronaldo João Roth²

GENERALIDADES.

A garantia das comunicações dos atos processuais é uma condição essencial de validade no processo de qualquer natureza (cível, criminal – comum ou militar – administrativo etc.) e encontra amparo no direito constitucional do devido processo legal.

O devido processo legal, na lição de José Afonso da Silva, encontra-se dentro do princípio da proteção judiciária, também chamado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, e constitui-se na principal garantida dos direitos subjetivos. Segundo o renomado autor, o devido processo legal (art. 5º, LIV) combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV) fecha o ciclo de garantias processuais.³

Para André Ramos Tavares, “o direito a ser informado da acusação inicial (o que é praticamente um pressuposto para que haja direito de defesa) e de todos os fatos arrolados, assim como do impulso oficial e dos demais atos da outra parte, o que envolve o direito à publicidade ou, no caso de processo sigiloso, o direito de acesso (processo que corra em segredo de justiça, como algumas questões atinentes ao Direito de Família e menores)”, engloba-se no conceito constitucional de ampla defesa. Daí, sustenta o mesmo autor, que o direito constitucional do contraditório é decorrência da ampla defesa.⁴

Na lição de Guilherme de Sousa Nucci, “o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da

força estatal na repressão aos delitos existentes.”⁵

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), “o *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” (ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Plenário, DJ de 6-6-2003.) e é “Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). (...)” (STF – Tribunal Pleno – RE 600851 - Rel. Min. Edson Fachin – J. 07/12/2020).

Como pode se verificar, cabe ao Poder Judiciário garantir a comunicação dos atos processuais às partes, para o desenrolar normal do processo, constituindo-se, pois, a comunicação dos atos processuais em garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente explicitados em nossa Carta Magna.

Após essa visão constitucional da envergadura do tema, ora proposto, vemos que a comunicação dos atos processuais irá se perfazer por meio da citação, da intimação e da notificação.

O Código de Processo Civil (CPC) nos traz importantes definições, para correlação ao tema abordado, tais como o da citação que “é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238); e de intimação, que “é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo” (art. 269).

1 Advogada, Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/Santos, Professora do Instituto ETNA Instituto Educacional e Centro Universitário Assunção - UNIFAI.

2 Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Coordenador e Professor do Curso de Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor da APMBB.

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 433/435.

4 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 621.

5 NUCCI, Guilherme de Sousa. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: RT, 20122, p.69.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci⁶ o renomado autor “não vê diferença alguma entre os termos *intimação* e *notificação*, por vezes usado na lei processual penal. Aliás, se fôssemos adotar uma posição que os distinguísse, terminaríamos contrapondo normas do próprio Código de Processo Penal Militar, que não respeitou um padrão único. Há quem aprecie dizer ser a intimação apenas a ciência de algo e a notificação a convocação a fazer algo, mas nota-se, em várias passagens, que o Código usa, indiscriminadamente, os termos. Logo, cremos correto unificá-los, considerando-os sinônimos.”

De se destacar que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) exige, para validade da comunicação do ato processual, uma antecedência mínima, ou seja, que “as citações, a intimações e as notificações ocorram com a antecedência de 24 (vinte e quatro) horas, pelo menos, do ato a que se referem.” (art. 291).

Por outro lado, o CPPM exige, também, que “a citação feita no início do processo seja pessoal, bastando, para os demais atos, a intimação ou notificação do defensor, salvo se o acusado estiver preso, caso em que será, da mesma forma, intimado ou notificado.” (art. 293). Certo é que, quando o denunciado não for encontrado, numa das hipóteses do art. 277, inc. V, do CPPM, a citação ocorrerá de maneira *ficta*, por edital.

O CPPM prevê como meios de citação o *mandado*, a *precatória*, a *requisição*, a comunicação mediante *carta via correio* e o *edital* (art. 277), todavia, não discrimina a forma de intimação ou notificação.

Nesse contexto, pois, é que iremos tratar da citação e intimação por hora certa (art. 252 e 275, § 2º, do CPC; e de igual maneira, o Código de Processo Penal (CPP) em seus arts. 362 e 370) e da intimação via WhatsApp (criação jurisprudencial).

DESENVOLVIMENTO. A duração razoável do processo e a celeridade processual foram incorporadas como direito fundamental pela EC 45/04, no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, de forma que o impulso oficial para andamento do processo mediante a comunicação dos atos processuais ainda que por forma não convencional será válido, desde que a finalidade daquela medida alcance o resultado definido pela lei.

Não é raro o Magistrado deparar-se com dificuldade de localizar o denunciado, ou acusado, ou uma testemunha ou vítima para informar-lhe da realização do ato processual, havendo, muitas das vezes, verdadeira delonga para tal mister.

Nesse cenário, quantas vezes o Oficial de Justiça pode ter diligenciado e desconstruído com a pessoa a ser citada, intimada ou notificada.

Diante disso, o ordenamento jurídico adotou a *citação* (art. 252 e 253, § 2º, do CPC; e art. 362 do CPP) ou *intimação por hora certa* (art. art. 275, § 2º, do CPC) que consiste na comunicação a um familiar ou vizinho da pessoa a ser citada ou intimada. A citação por hora certa, *ficta*, é prevista legalmente, eficaz e, diferentemente da citação por edital, não suspende o processo, mas sim, suspende o andamento processual.

Vejam as diretrizes do CPP:

“Art. 362. *Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos artigos 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de*

1973 – Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Houve uma inovação na legislação que merece destaque, pois, antes, quando o réu se ocultava para não ser citado, essa era realizada por meios mais difíceis e custosos ao Estado, *citação por edital*, porém, após a referida

lei supracitada, hoje temos preconizado legalmente a possibilidade de realização de *citação/intimação por hora certa*.

Inquestionável sua legalidade e aplicação e assim o é, inclusive em âmbito castrense, pelo *princípio da subsidiariedade*, diante das lacunas da legislação de direito militar, conforme dispõe a norma do art 3º do Código de Processo Penal Militar – CPPM.

A corroborar, veja-se:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do

“O CPPM prevê como meios de citação o mandado, a precatória, a requisição, a comunicação mediante carta via correio e o edital (art. 277), todavia, não discrimina a forma de intimação ou notificação.”

6 NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Militar Comentado**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014, pp. 326/327.

acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (STF – Tribunal Pleno - RE 635145 – Rel. Min. Marco Aurélio – J. 01.08.16)

Por sua vez, não se pode perder de vista, que há meios *não-convencionais* de chamamento ao processo e/ou procedimento, como a *citação, notificação e intimação por trâmites eletrônicos como WhatsApp ou redes sociais como Facebook e Instagram*, São o retrato da interpretação evolutiva das normas processuais e homenageiam os *princípios do devido processo legal, da celeridade e informalidade*, bem como, também estão ladeados pelos *princípios da razoabilidade e racionalidade*, afinal o processo é eletrônico e o mandado também é eletrônico e, isso não altera a *essência do processo*, porque então os meios de comunicação e chamamento aos autos deveriam ser “*retrogradados*”?

Além disso, a expansão territorial do nosso país é um grande óbice para a realização processual de citação/intimação. De fato, muitas são as vezes que o oficial de justiça não consegue se deslocar ou ter acesso ao local e, ainda são poucas as regiões que contam com uma estrutura de Poder Judiciário e com recursos financeiros e humanos hábeis a efetivar tal citação. Assim, é ainda mais vantajosa e certa a utilização de meios eletrônicos, desde que preenchidos os requisitos legais de comprovação, conforme se observará.

Nesse sentido, observe-se que o *devido processo legal* é o cerne da questão e visa garantir as partes, atos do processo e/ou procedimento, um trâmite justo, legítimo e em total *consonância com a Ampla Defesa e o Contraditório*.

É fato importante e inquestionável o uso de meios de comunicação aptos ao chamamento do envolvido e, aliás, a corroborar com tal assertiva, a Lei n. 9099/95 já trazia tal reflexão, ocorre que, há época, falava-se em *fax*. Ora, se o *fax* já era mecanismo válido de comunicação de atos processuais e citação, por que outros instrumentos mais avançados, tecnológicos e eficientes como comunicação praticamente instantânea, seriam questionáveis e, por vezes não adotados pelo judiciário?

A notificação por meio eletrônico *cumpra sua finalidade* e leva oficialmente ao conhecimento da parte interessada, o conteúdo/informação registrado, por meio de oficial portador de fé pública.

Contudo, as referidas comunicações só serão válidas se cumprirem o *objetivo de dar ao destinatário, a ciência inequívoca da informação* e este tem sido o entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores, conforme se demonstrará.

Podem parecer uma questão simples, mas não é, porém, não se pode perder de vista que é extremamente atual. Do exposto, surgem vários questionamentos: E se a parte destinatária for analfabeta? Como aferir o estado de capacidade do citando(a)? *O mero envio caracterizaria a citação válida? A resposta é não.*

Para melhor compreensão do exemplo supra referido, o analfabeto se equipara ao incapaz, conforme se vislumbra expressamente na regra processual do artigo 247, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC), que, claramente veda a citação/intimação/notificação por meio eletrônico nesta hipótese.

Tais ferramentas tecnológicas auxiliam e resguardam o devido processo legal e não se vislumbram dúvidas sobre sua *legalidade e/ou aplicabilidade, seja em procedimento ou processo, para a comunicação de atos processuais*.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou, desde 2017, a validade da intimação pelo aplicativo WhatsApp e o no mesmo ano, o XIV Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef) aprovou o enunciado 193 que assim estabelece a validade das intimações por WhatsApp ou congêneres: “*para a validade das intimações por WhatsApp ou congêneres, caso não haja prévia anuência da parte ou advogado, faz-se necessário certificar nos autos a visualização da mensagem do destinatário, sendo suficiente o recibo de leitura, ou recebimento de resposta à mensagem enviada*”.

Posteriormente, o CNJ já se manifestou também sobre o tema expedindo a *Resolução nº. 354/2020*, durante o período da pandemia, com vigência mantida.

Importante destacar ainda, que o tema não se esgota na mencionada Resolução, mas o CNJ, novamente se manifestou desta vez, com a Resolução 455/2022, e disciplinou a expressão “*endereço eletrônico*” como “*toda forma de identificação individualizada para recebimento e envio de comunicação/mensagem digital, tal como correio eletrônico (e-mail), aplicativos de mensagens, perfis em redes sociais e o Domicílio Judicial Eletrônico*”.

Outrossim, a regra é a liberdade de formas, consoante já explanado pela Ministra do Egrégio Superior Tribunal de Justiça,⁷ Nancy Andrighi, que inclusive asseverou “*a exceção é a necessidade de uma forma prevista em lei, e a inobservância de forma, ainda que grave, pode ser sempre relevada se o ato alcançar a sua finalidade*”.

Conforme menciona a renomada Ministra do STJ, a diretriz da questão de comunicação nos atos processuais, notificação/citação/intimação por meios eletrônicos é ponto central, desde que ocorra “*a ciência pelo destinatário sobre a existência da ação. Portanto, se a citação for eficaz, e cumprir sua finalidade, ela será válida*”. Desta forma, por que não se aproveitar da comunicação por

WhatsApp, redes sociais e até mesmo por telefonema?

Ainda nesse contexto de inovações, *celeridade e economia de recursos humanos e financeiros*, destaca-se que não há previsão expressa para a intimação via telefone. Entretanto, seu permissivo se extrai do sistema processual, pela necessidade de cumprimento da finalidade do ato processual.

A utilização destas modernas tecnologias pelo Poder Judiciário é o retrato do mundo globalizado, tecnológico e das *interfaces das diversas formas de comunicação e celeridade*. Estas instrumentalizações não encontram vedação, pelo contrário encontram apoio na legislação, por serem meios idôneos e capazes de cumprir sua finalidade e alcançar a *segurança jurídica*, bem como, conforme explanado supra, conta também com *respaldo dos Tribunais*, que cada vez mais tem se valido destas tecnologias e até mesmo do telefonema.

Inclusive, nesse sentido, o E. TJSP já decidiu:

“TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE – Notícia de prisão preventiva e suspensão perante o órgão de classe, do patrono que subscreveu a Apelação – Intimação da Autora para informar se tinha conhecimento do ajuizamento da ação ou para constituir novo patrono – Intimação, via telefone – Validade - Hipótese em que a Autora comprometeu-

-se a regularizar a representação processual - Ciência inequívoca – Fé pública do Oficial de Justiça – Certidão que goza de presunção de veracidade, não questionada – Não cumprimento da determinação - Falta de capacidade postulatória – Ausência de capacidade postulatória – Recurso não conhecido. (TJSP - Acórdão na Apelação 1000978-81.2016.8.26.0233, Relator (a): Des. Mario de Oliveira, data de julgamento: 25/11/2018, data de publicação: 27/11/2018, 19ª Câmara de Direito Privado).”

A evolução dos processos para meio eletrônico e o avanço das tecnologias e redes sociais e de comunicação vem ao encontro dos princípios da celeridade, economia processual, devido processo legal e, em nada fere a Ampla Defesa e Contraditório. Ocorre que, não se pode deixar de mencionar que, de uma forma geral e macro, existe a carência da população em relação à internet e outros meios digitais.

Seria esse, então, um empecilho para utilização das tecnologias e avanços ou não podemos sucumbir e temos que aderir a esta caminhada tecnológica? Fato é que

só traz benefícios se formalizada devidamente e com certezas que lhe são devidas para a segurança jurídica.

Ainda nesse contexto, outros questionamentos podem surgir. Como dizer que não foi uma terceira pessoa, fora dos autos, que respondeu ao WhatsApp, e-mail ou rede social, fazendo se passar pelo citando, seja de boa ou má-fé? Ou até mesmo que não atendeu ao telefonema, pois, pensou que se tratava de um possível trote ou até mesmo de um “golpe”?

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a reconhecer como válida as intimações via WhatsApp. Nesse sentido, resta claro e evidente que *só não terá validade a intimação de WhatsApp*, conforme entendimento da egrégia Corte, que:

- Não tiver a foto da parte;

- Não estiver dotada de cautelas e cuidados necessários para atestar, com certeza, a identidade do citando/intimado/notificado;

- Não trazer aos autos a confirmação do recebimento da citação, intimação e/ou notificação ou se eventualmente o fizer e, ainda, incidir dúvidas sobre a capacidade da parte, analfabeta, incapaz etc;

- A resposta do citado/intimado/notificado não for encaminhada por meio do aplicativo, mensagem de voz ou texto, asseverando claramente: “intimado(a)”, “recebido” e/ou “confir-

mo o recebimento”;

- Se não tiver a comprovação de dois “checks” que comprovam o recebimento e visualização;

- Se a mensagem eletrônica não trazer o número do processo, o nome do juiz e a assinatura do oficial de justiça. Neste caso, é mister destacar que preste atenção e cautela e entre em contato com o órgão judicial competente para a verificação da informação e/ou sua veracidade.

Note-se que, tanto a citação ou intimação por hora certa como a intimação por WhatsApp *não são previstas no CPPM* para o processo penal militar, todavia, igualmente, *não são proibidas* até pelo caráter *integrativo* das normas processuais em nosso ordenamento jurídico.

Disso decorre a *autorização expressa* da norma do art. 3º do CPPM, já citada, para, no caso de lacunas, as quais devem ser supridas: *a) pela legislação do processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; b) pela jurisprudência; c) pelos usos e costumes militares; d) pelos*

“A evolução dos processos para meio eletrônico e o avanço das tecnologias e redes sociais e de comunicação vem ao encontro dos princípios da celeridade, economia processual, devido processo legal e, em nada fere a Ampla Defesa e Contraditório.”

7 STJ: **Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial**, localizado no link: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx>

princípios gerais de Direito; e e) pela analogia.”

Portanto, dúvida nenhuma resta no sentido de que perfeitamente aceitável, legalmente, a adoção no processo penal militar dos *instrumentos* da citação e intimação por hora certa, bem como pela intimação por WhatsApp, para validade da comunicação dos atos processuais.

Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal Militar (STM) ser válida a intimação por telefone⁸⁻⁹⁻¹⁰. Note-se que a intimação por telefone também não é contemplada expressamente no CPPM, todavia, inafastável sua utilidade e eficiência, quando for o recurso disponível para a comunicação do ato processual, sempre se adotando as cautelas devidas que devem ser certificadas nos autos.

Oportuno, igualmente, a abordagem do princípio da instrumentalidade das formas, adotado, em nosso ordenamento jurídico (tanto no processo penal comum como no processo penal militar). A propósito, calha a lição de Fernando Capez¹¹, ao discorrer sobre o *princípio da instrumentalidade das formas ou da economia processual*, pois, “segundo esse princípio, a forma não pode ser considerada um fim em si mesma, ou um obstáculo insuperável, pois o processo é apenas um meio para se conseguir solucionar conflitos de interesse, e não um complexo de formalidades sacramentais e inflexíveis.”

Nessa linha, o CPP e o CPPM, respectivamente, dispõem que “Não será declarada a nulidade de um ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (CPP, art. 566; CPPM, art. 502). Igualmente, “se praticadas por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim” (CPP, art. 572, inc. II; CPPM, art. 503).

Os Códigos de Processo Penal, *comum e militar*, não se apegam ao excesso de formalismo, de tal sorte que certas irregularidades são relevadas, desde que a finalidade do ato processual tenha ocorrido, sem prejuízo às partes.

Daí oportuno se diferenciar formalidade de formalismo. O primeiro termo advém da lei e é salutar para o bom andamento do processo; o segundo termo é oriundo da mentalidade do aplicador do direito, decorrente do culto exacerbado à formalidade, cujo conservadorismo,

não raras vezes, encontra-se tão equivocada e expressivamente presente nas decisões do judiciário, como se estas fossem resolver o processo e atender os anseios da sociedade.

DA CONCLUSÃO.

É fato que o direito evolui com a sociedade, desta forma, a transformação digital e o avanço de tecnologias auxiliam de maneira incomensurável os dados, volume de informações e automatização processual do Poder Judiciário legitimando a celeridade, o devido processo legal e a razoabilidade em consonância aos demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo, seja penal, castrense ou até mesmo civil. Cabe ressaltar que, no que couber e desde que respeitados os requisitos supra elencados e os entendimentos jurisprudenciais.

Desta nova construção e inovação, formou-se uma nova era, que conforme explanado com veemência só somará recursos e esforços para a modernização e eficiência do Poder Judiciário, em qualquer instância.

Como vimos, se a comunicação do ato processual atingiu a sua finalidade, se o destinatário daquele ato recebeu a notificação de leitura do WhatsApp ou respondeu ao e-mail enviado pelo Cartório, ainda que tais meios de comunicação não tenham sido expressamente aderidos pelo intimado, *é de se presumir válido o ato judicial praticado*, independentemente da presença da pessoa chamada à sua realização.

Só se pode falar em nulidade da comunicação do ato processual se, concretamente, for demonstrado o *prejuízo processual*, ainda que aquele ato tenha sido praticado por meio não convencional.

A utilização da citação, intimação ou notificação por hora certa, bem como da mesma forma, por *WhatsApp*, são meios que podem ser utilizadas no Processo Penal Militar e pela Justiça Militar, pois não há vedação dessas modalidades eficientes de comunicação dos atos processuais, as quais são aplicadas subsidiariamente e autorizadas pelo ordenamento jurídico como se demonstrou.

8 **STM**: “(...) INTIMAÇÃO POR TELEFONE. LEGALIDADE. (...) 3 - Intimação por telefone. Ato válido no âmbito da Justiça Militar da União. Previsão na legislação castrense (CPPM art. 288). (...)”. (STM - **APELAÇÃO N.º 2004.01.049722-6** – Rel. MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO – J. 25.05.06).

9 **STM**: “(...) O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, por unanimidade, a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações em todo o Poder Judiciário. A nomeação da DPU, após renúncia do advogado constituído, sem oposição do assistido, não acarreta nulidade, uma vez que não consubstancia prejuízo ao direito à ampla defesa e ao contraditório. Preliminar de nulidade arguida pela Defesa rejeitada por unanimidade. (...)” (STM - **APELAÇÃO CRIMINAL N.º 7000660-13.2022.7.00.0000** – Rel. Min. FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO – J. 18.05.23).

10 **STM**: “(...) o Conselho Nacional de Justiça adotou normativa autorizadora do atendimento virtual das partes e da realização de atos processuais por videoconferência. As normas do Código de Processo Civil incidem de forma supletiva e subsidiária ao processo penal comum, ex vi do art. 3º do CPP, e as normas deste Codex são aplicáveis ao castrense como forma de suprimento dos casos omissos, a teor do art. 3º, alínea a, do CPPM. Por conseguinte, escorreito o art. 236, § 3º, do CPC, segundo o qual «Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real». Nesse contexto, a comunicação virtual do acusado com seu causídico deve ser-lhe facultada prévia, concomitante e posteriormente à prática do ato processual, conforme tratativa que melhor atenda aos interesses do sujeito ativo. O contato direto entre o denunciado e seu defensor permanece incólume, mesmo que se dê por outras maneiras, tais como pelo **WhatsApp, Facebook Messenger, Telegram, Hangouts do Google ou Skype, entre tantos outros aplicativos de comunicação**. Para aqueles avessos às novas tecnologias, basta-se recorrer ao bom e velho telefonema, seja por discagem fixa ou celular. Além disso, o direito de presença é compatível com a prática de atos por videoconferência, uma vez que o próprio réu, de forma pessoal e não interposta, participa e interage remotamente, quase que instantaneamente, por meio de sua imagem e de sua voz. (...)” (grifos meus) (STM - **CORREIÇÃO PARCIAL N.º 7000118-29.2021.7.00.0000** – Rel. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA – J. 29.04.21).

11 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 632.

JUIZ DAS GARANTIAS E JUSTIÇA MILITAR: MODELOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO.



João Pedro Hoffert¹

1. INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei n.º 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime” e que estabeleceu o instituto do “juiz das garantias” no sistema processual penal brasileiro, muitas foram as preocupações suscitadas acerca de sua constitucionalidade e, principalmente, da dificuldade de sua implementação^{2,3}.

Durante quase quatro anos, este instituto ficou suspenso liminarmente, enquanto tais questões eram debatidas, até que o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2023, decidiu pela sua constitucionalidade, concedendo prazo para sua implementação⁴.

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está debatendo os modelos de implementação do juiz das garantias que devem ser seguidos pelos tribunais de todo o país⁵.

O presente artigo tem por objetivo apresentar o estágio atual da discussão acerca do tema do juiz das garantias, analisando as possíveis propostas de sua implementação no âmbito da Justiça Militar.

Em um primeiro momento, serão apresentados os sistemas processuais penais, com enfoque no adotado pelo Brasil, com a consequente implementação da figura do juiz das garantias. Na sequência, a organização da Justiça Militar será exposta com o enfoque nas características relevantes que devem ser consideradas para a implementação do juiz das garantias. Por fim, serão

discutidos os possíveis modelos do instituto do juiz das garantias a serem adotados na Justiça Militar brasileira, com enfoque prático.

Como se verá, todos os modelos apresentados são fática e juridicamente de possível implementação no âmbito das auditorias militares no Brasil, com variados benefícios e malefícios, devendo sempre ser consideradas as realidades e necessidades locais.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO E O JUIZ DAS GARANTIAS

A Lei n.º 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, realizou, no ordenamento jurídico brasileiro, significativas alterações no processo penal pátrio. Dentre elas, definiu que o sistema acusatório deve ser o adotado (art. 3º-A do Código de Processo Penal - CPP), prevendo, em consequência, a figura do “juiz das garantias” (arts 3º-B a 3º-F do CPP)⁶.

A estrutura do processo penal brasileiro sempre foi objeto de profunda discussão doutrinária. Parte da doutrina entende que houve adoção de um sistema acusatório, em especial diante do advento da Constituição Federal de 1988 e suscetíveis reformas da lei processual penal brasileira, em face da nítida separação entre as funções de acusar do promotor e de julgar do juiz no Estado Democrático de Direito, a publicidade dos atos processuais, o respeito ao contraditório e à ampla defesa,

1 Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com dupla graduação em Direito Francês pela Université de Lyon. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJMMG). E-mail: joaohoffert@tjmmg.jus.br

2 Agradeço a atenta leitura dos colegas (e amigos) Bruno Cortez, Luiz Fernando Esteves, Pedro Marques Neto e Rodrigo Foureaux.

3 MATTOSO, Camila; PINHO, Ângela; BOLDRINI, Ângela. Especialistas dizem ser difícil implementar juiz das garantias, e CNJ cria grupo de trabalho. São Paulo, 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/especialistas-dizem-ser-dificil-implementar-juiz-das-garantias-e-cnj-cria-grupo-de-trabalho.shtml>

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6298, 6299, 6300 e 6305. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 24.08.2023.

5 JUDICIÁRIO. CNJ estuda normas que padronizem atuação dos juizes das garantias. Consultor Jurídico, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-09/cnj-estuda-normas-que-padronizem-atuacao-dos-juizes-das-garantias/>.

6 De acordo com Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, o juiz das garantias é a solução jurídica possível à proposta teórica do sistema acusatório (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/19. In: NICOLITT, André; FELIX, Yuri. O STF e a constituição: estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p.34).

o livre convencimento motivado e a imparcialidade do órgão julgador⁷. Outra parte diverge, concluindo pela adoção de um sistema misto, isto é, com o processo penal se desdobrando em uma primeira fase tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e contraditório, a fim de apurar a materialidade a autoria do fato delituoso, e uma segunda fase de caráter acusatório, com as características já mencionadas⁸.

Fato é que, com o advento do Pacote Anticrime, positivou-se expressamente que “o processo penal terá estrutura acusatória”. Tal sistema, em sua acepção pura, prevê a separação entre os órgãos acusadores e julgadores, com igualdade entre as partes no processo (acusação e defesa)⁹. Para assegurar tal separação, criou-se a figura do juiz das garantias, que, em linhas gerais, é um juiz especialmente designado para cuidar da fase investigativa de um crime. Separa-se, nesse sentido, a atuação do juiz na fase investigativa da fase instrutória; em outras palavras, o juiz que tenha atuado em fase anterior ao oferecimento da denúncia não poderá atuar em seu momento posterior, a fim de evitar um viés que comprometa a sua imparcialidade.

Isso porque se entendeu que o juiz que determina medidas cautelares, que defere a produção antecipada de provas e tem contato com a fase investigativa, pode ter pré-conceitos ao conduzir o processo propriamente dito, o que se aproximaria de um sistema inquisitivo. Como não foi esse o sistema acolhido pelo legislador com o Pacote Anticrime, nada mais lógico do que implementar a figura do juiz das garantias, cuja função primordial é o controle da legalidade da investigação e a salvaguarda dos direitos individuais, nos termos do art. 3º-B do CPP, com rol de competências previsto nos incisos I a XVII do referido artigo.

A implementação do juiz das garantias, de acordo com a legislação em vigor, será feita de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, o que permite concluir que o sistema acusatório e o juiz das garantias são impositivos, mas não o seu modelo, cabendo a cada tribunal definir suas regras, conforme as suas peculiaridades locais.

A lei foi publicada no final de 2019, com entrada em

vigor prevista para 24 de janeiro de 2020. Ocorre que o STF foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de tais alterações, tendo sido ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nsº 6298, 6299, 6300 e 6305.

Em caráter liminar, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do STF e em plantão judicial, concedeu parcialmente medida cautelar para, dentre outros temas, suspender a eficácia dos artigos referentes ao juiz das garantias, até a efetiva implementação pelos tribunais, o que deveria ocorrer no prazo máximo de 180 dias contados da decisão, tomada em 15 de janeiro de 2020.

O Ministro Luiz Fux, relator para tais ações, concedeu nova medida cautelar, em 20 de janeiro de 2020, a fim de suspender a implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A a 3º-F do CPP), sem prazo final.

Seguiu-se o trâmite das referidas ações, com ampla participação da sociedade¹⁰ e julgamento final de mérito pelo Plenário do STF somente em 24 de agosto de 2023, quase 4 anos depois.

Em suma, decidiu-se que a figura do juiz das garantias é constitucional, com necessária concessão de prazo para implementação, considerando a “manifesta irrazoabilidade da *vacatio legis* de 30 dias para a implementação da medida em todo o território nacional, composto majoritariamente por localidades dotadas de varas únicas”¹¹. Nesse sentido, fixou-se o prazo de 12 meses, prorrogável por mais 12 meses, para que fossem adotadas as medidas legislativas e administrativas para efetivamente implementar o juiz das garantias, tudo conforme as diretrizes e sob supervisão do CNJ.

O STF realizou outros controles no tocante ao juiz das garantias – como, dentre outros, a alteração do marco legal de quando cessa a sua competência (do “recebimento” para o “oferecimento” da denúncia, em interpretação conforme à Constituição Federal de 1988 do art. 3º-C do CPP) – que fogem do interesse primordial deste trabalho, que é o de apresentar e discutir a implementação do juiz das garantias na prática nas auditorias militares do país.

E, com relação à aplicação do juiz das garantias no âmbito da justiça militar, é de se ressaltar que o tema

7 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50 e LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume único. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 41.

8 É de se ressaltar, contudo, que como defende Aury Lopes Jr., todos os sistemas adotados são “mistos”, uma vez que não existem mais sistemas puros, sendo tipos históricos e datados. O desafio, portanto, seria “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância” (LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92).

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime comentado. Lei 13.964/2019 e promulgação dos vetos de 29.04.2021. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 44.

10 Foram admitidas 30 entidades na qualidade de *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nsº 6298, 6299, 6300 e 6305, dentre associações de classe, institutos, partidos políticos, defensorias, ministérios públicos e tribunais.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p. 8.

não é pacífico. Por um lado, poder-se-ia defender que, como o juiz das garantias está previsto no CPP e não no Código de Processo Penal Militar (CPPM), teria havido um silêncio eloquente do legislador.

Ocorre que o STF, ao analisar a constitucionalidade do juiz das garantias, expressamente elencou as exceções da aplicação deste instituto, não indicando a Justiça Militar (*“não aplicação da nova sistemática aos processos de competência originária dos tribunais, do Tribunal do Júri, de violência doméstica/familiar e de competência da Justiça Eleitoral”*¹²).

É o caso de aplicar o juiz das garantias na Justiça Militar também pelo fato de constituir um avanço no tocante à garantia dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, Rodrigo Foureaux entende que ainda que não haja alteração no CPPM, é possível aplicar regras introduzidas no CPP sempre que decorram da observância de direitos fundamentais e não uma mera alteração processual, sem impactos para a defesa¹³. Trata-se da mesma *ratio decidendi* do STF no HC 127.900/AM, em que se concluiu que mesmo sem alteração legal do CPPM, a exigência contida no art. 400 do CPP acerca do interrogatório como último ato deve ser adotado no processo penal militar (STF. Plenário HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016 – Info 816).

3. ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

A fim de discutir os modelos de implementação do juiz das garantias nas auditorias militares brasileiras, faz-se necessário apresentar brevemente a organização judiciária das justiças militares.

A Justiça Militar está prevista no capítulo próprio da Constituição Federal de 1988 destinado ao Poder Judiciário, mais especificamente nos arts. 122 a 124 e 125, §§3º a 5º, subdividindo-se em Justiça Militar da União e Justiça militar dos Estados e Distrito Federal.

Enquanto a primeira é composta por auditorias militares em primeira instância e o Superior Tribunal Militar (STM) como grau recursal, a segunda também é composta por auditorias militares em primeira instância, mas pelos Tribunais de Justiça Militares (onde

houver¹⁴) e pelos próprios Tribunais de Justiça estaduais em grau recursal.

Nos termos da Lei nº 8.457/92, a Justiça Militar da União divide-se em 12 circunscrições judiciárias militares (art. 2º) e 19 auditorias (art. 11). Nota-se que as circunscrições judiciárias possuem extensões territoriais e número de auditorias variados. Por exemplo, enquanto a 1ª Circunscrição abrange apenas um estado (Rio de Janeiro) e conta com quatro auditorias, a 7ª Circunscrição abrange quatro estados (Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas) e conta com apenas uma auditoria. Tal característica será relevante ao serem abordados os modelos de implementação do juiz das garantias, uma vez que regiões com apenas uma auditoria terão maior ou menor facilidade nesta implementação a depender do modelo escolhido, como se verá adiante.

Já a Justiça Militar dos Estados e Distrito Federal possui a peculiaridade de estar abrangida pelo Poder Judiciário comum de cada estado, ou por possuir organização própria nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul.

No Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, há cinco auditorias com competência criminal para todo o estado; no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo há seis auditorias, sendo três com competência criminal para todo o estado; no Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, há quatro auditorias com competência criminal, sendo duas na capital (Porto Alegre) e duas no interior (Santa Maria e Passo Fundo), contando, portanto, com certa regionalização, diferentemente das justiças militares mineira e paulista.

Em estados em que não há tribunal militar próprio, em geral a justiça militar em primeira instância é composta por apenas uma auditoria, podendo contar normalmente com apenas um juiz (seu titular) ou, por vezes, dois (titular e substituto atuando na auditoria de forma fixa).

Para a implementação do juiz das garantias, será necessário revisar as normas de organização judiciária locais, considerando que, nos termos do art. 3º-F do CPP e da decisão do STF nas ADIs nsº 6298, 6299, 6300 e 6305, caberá a cada tribunal disciplinar a implementação

“A fim de discutir os modelos de implementação do juiz das garantias nas auditorias militares brasileiras, faz-se necessário apresentar brevemente a organização judiciária das justiças militares.”

12 *Ibid.*, p. 57.

13 FOUREAUX, Rodrigo. A Lei n. 13.964/19 e a adoção do juiz das garantias na Justiça Militar. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2019. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/12/26/A-Lei-n-1396419-e-a-ado%C3%A7%C3%A3o-do-juiz-das-garantias-na-Justi%C3%A7a-Militar>

14 Atualmente 3 estados instalaram os Tribunais de Justiça Militares: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. De acordo com o art. 125, §3º da Constituição Federal de 1988, somente nos estados onde o efetivo militar for superior a vinte mil integrantes é possível criar Tribunal de Justiça Militar.

do juiz das garantias.

Assim, no âmbito da Justiça Militar da União, a Lei nº 8.457/92 precisará ser modificada, enquanto que no âmbito da Justiça Militar dos Estados, cada norma estadual deverá ser alterada, seja por iniciativa dos próprios Tribunais de Justiça Militares nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, seja por iniciativa dos Tribunais de Justiça da justiça comum, nos demais casos.

Em todos, algumas preocupações devem ser levadas em consideração, como, por exemplo, o respeito ao espírito da lei ao implementar o juiz das garantias, que é o de instituir o sistema acusatório mais puro possível, devendo cada tribunal promover uma real alteração de paradigma. Com essa chave interpretativa, devem ser consideradas as peculiaridades locais como número de auditorias, abrangência territorial da competência de cada auditoria, regras claras para os casos de impedimento, suspeição, férias, afastamento, entre outros.

Em especial, ao serem analisados os modelos a seguir, levar-se-á em consideração: (i) a existência ou não de regionalização, isto é, se os juízes possuem competência sobre todo o território do ente federativo, ou se há competência limitada a determinada circunscrição ou região; e (ii) a existência ou não de pluralidade de auditorias, isto é, se o território, circunscrição ou região possui apenas uma auditoria ou se há em maior número.

Considerando a realidade da justiça militar no Brasil, há regionalização na Justiça Militar da União, com suas 12 circunscrições, e com a Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, com duas auditorias na capital e duas auditorias no interior. Não há regionalização e, portanto, há competência territorial plena para a(s) auditoria(s) nas demais justiças militares estaduais.

E, com relação ao número de auditorias nas justiças militares pátrias, há pluralidade de auditorias na Justiça Militar da União em algumas circunscrições (1ª, 2ª, 3ª e 11ª circunscrições) e nas justiças militares dos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul (em Porto Alegre). Não há pluralidade e, portanto, há apenas uma auditoria nas demais circunscrições da Justiça Militar da União, na justiça militar do Rio Grande do Sul (em Santa Maria e Passo Fundo) e nas demais justiças militares estaduais.

4. MODELOS DE IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA JUSTIÇA MILITAR

É certo que o STF, nas ADIs nsº 6298, 6299, 6300 e 6305, determinou que os tribunais regulem o tema do juiz das garantias “conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele”, o que faz com que toda e qualquer proposta aqui debatida e decidida ainda fique sujeita à revisão após a pertinente regulamentação do CNJ; mas também é certo ser salutar o adiantamento, a discussão e a apresentação de modelos a serem implementados na União e nos Estados e Distrito Federal, sempre atentos às particularidades locais e suas limitações.

Os modelos aqui apresentados têm por base o estudo intitulado “A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro”, elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo CNJ por meio da Portaria n.º 214/19, composto por ministros de Tribunais Superiores, do próprio CNJ, de desembargadores e juízes dos tribunais brasileiros, e publicado em junho de 2020, incluindo minuta da futura resolução. Na confecção do referido documento, foi realizada consulta pública “a fim de coletar dados relativos ao Poder Judiciário, bem como receber sugestões dos magistrados, Tribunais e entidades ligadas ao sistema de justiça”, tendo sido recebidas contribuições de 77 magistrados, 27 tribunais e 7 instituições, o que mostra a amplitude e importância do debate conduzido pelo CNJ¹⁵.

A despeito de ter sido elaborado há quase quatro anos e antes mesmo da decisão do STF nas ADIs nsº 6298, 6299, 6300 e 6305, o texto segue atualizado, tendo recebido recentemente aporte de importantes criminalistas como Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa: “A minuta da resolução apresentada pelo Grupo de Trabalho do CNJ, por sua vez, contempla de modo satisfatório e inteligente diversas objeções trazidas no presente julgamento”¹⁶.

Ademais, o Ministro Luís Roberto Barroso instituiu, por meio da Portaria n.º 373/23, um novo grupo de trabalho para sugerir diretivas para implementação do juiz das garantias, que “deverá seguir os passos já iniciados pelo CNJ em 2020”¹⁷, o que mostra sua pertinência e atualidade.

Após amplo debate, o Grupo de Trabalho de 2020 vislumbrou quatro possibilidades para implementação

15 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Junho/2020. Grupo de Trabalho. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>.

16 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. O juiz das garantias está valendo? Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-31/criminal-player-juiz-garantias-valendo/>.

17 JUDICIÁRIO. CNJ estuda normas que padronizem atuação dos juízes das garantias. Consultor Jurídico, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-09/cnj-estuda-normas-que-padronizem-atuacao-dos-juizes-das-garantias/>.

do Juiz das Garantias, a saber: (i) especialização, por meio de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias; (ii) regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias; (iii) rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária; e (iv) rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária. Abaixo segue breve explicação acerca de cada opção apresentada pelo Grupo de Trabalho.

Por razões metodológicas e diante da proximidade temática para a realidade da justiça militar brasileira, os modelos de especialização e regionalização serão tratados de forma conjunta, bem como os de rodízio entre juízos e juízes.

4.1 Modelos de especialização e regionalização

A especialização consistiria na atribuição da competência prevista no art. 3º-B do CPP (funções do Juiz das Garantias) unicamente para determinados magistrados em uma unidade jurisdicional. Em alguns tribunais do país, esta já é a realidade há muitos anos, como ocorre no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), instalado pelo Provimento 167/84¹⁸. Criar-se-ia, portanto, uma “Auditoria das Garantias”. A regionalização se assemelha à especialização, pois também existe uma “Auditoria das Garantias”, mas difere no tocante à extensão territorial da competência da unidade jurisdicional do juiz das garantias, limitada a determinada circunscrição ou região, e não em todo o território do ente federativo daquela justiça em específico.

Por um lado, pode-se inferir que tais modelos aperfeiçoariam as decisões do juiz das garantias, com a mesma *ratio* utilizada para a criação das varas especializadas para julgamento de certos crimes (ex: tóxicos, crime organizado, dentre outros), bem como poderiam trazer celeridade ao curso processual, havendo um magistrado designado unicamente para tal função, não sendo necessário suspender atos já previamente agendados, como audiências de instrução, para a realização

de audiências de custódia que possuem urgência, nos termos do art. 310 do CPP. Também é de se ressaltar a menor dificuldade em casos de impedimento, suspeição, férias, afastamento, entre outros, de magistrados, uma vez que haveria uma auditoria designada unicamente para atuar como juiz das garantias, havendo outros magistrados atuantes como juiz da instrução e julgamento, com eventual substituição do juiz titular pelo juiz substituto na “Auditoria das Garantias”, e vice-versa. Por outro lado, esta alternativa traria ao juiz que respondesse pela “Auditoria das Garantias” um poder excessivo na condução das investigações, já que toda e qualquer manifestação pré-processual passaria necessariamente por ele. Nesse caso, poder-se-ia pensar em uma superexposição indesejada de determinado juiz, pois seria

ele o único magistrado em determinado território/circunscrição/região que determinaria prisões e outras medidas pré-processuais.

De acordo com Nucci, esse seria o melhor modelo, pois daria uma maior segurança na decisão do magistrado, em especial se o cargo de “juiz das garantias” fosse provido por concurso específico, a fim de serem aplicadas as garantias constitucionais da inamovibilidade a tais juízes, nos termos do art. 95, II da Constituição Federal de 1988¹⁹.

Nas justiças militares que possuam apenas uma auditoria, a especialização ou regionalização são, *prima facie*, inviáveis, demandando a criação de uma nova auditoria. Essa é, como já visto, a realidade da maior parte das justiças militares do país. É de se ressaltar, contudo, que a criação de novas auditorias traz dificuldades do ponto de vista financeiro e logístico, considerando em especial a dificuldade orçamentária que tribunais e entes federativos enfrentam, com necessidade de realização de concursos públicos, aumento na folha de pagamento de novos magistrados e servidores, reformas estruturais nos fóruns etc.

Em justiças que possuem pluralidade de auditorias, seria possível a mera transformação de uma das atuais auditorias em uma “Auditoria das Custódias”, como já

“Por razões metodológicas e diante da proximidade temática para a realidade da justiça militar brasileira, os modelos de especialização e regionalização serão tratados de forma conjunta, bem como os de rodízio entre juízos e juízes.”

18 Em decisão cautelar no âmbito das ADIs nsº 6298, 6299, 6300 e 6305, o Ministro Dias Toffoli reconheceu esse modelo: “Ressalte-se, inclusive, que a figura do juiz das garantias não é nova no sistema jurídico pátrio. Na capital paulista, funciona, há décadas, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), o qual, nos termos do Provimento n.º 167/1984, concentra [t]odos os atos relativos aos inquéritos policiais e seu incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus’ (artigo 2º). Portanto, em São Paulo já ocorre a cisão de competência determinada pela lei questionada, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo dos juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais. O fato de os juízes do DIPO não serem competentes para o recebimento da denúncia não desnatua sua função, na essência, de juiz das garantias.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nsº 6298, 6299, 6300 e 6305. Presidente: Ministro Dias Toffoli, proferida em 15.01.2020, p. 23).

19 NUCCI, *Op. Cit.*, p. 58.

ocorreu com a justiça militar estadual de São Paulo²⁰.

Especificamente com relação à regionalização, a maior parte das auditorias militares está fixada em uma capital, com competência plena para todo o território do ente federativo ou da circunscrição, sem interiorização, o que parece tornar inapropriada a criação de auditorias regionalizadas – justamente por fugir da sistemática adotada na própria organização judiciária das auditorias. Contudo, para realidades em que já há regionalização (Justiça Militar da União e justiça militar estadual do Rio Grande do Sul), este parece ser um modelo que se mostra adequado às particularidades locais, alinhando-se com a organização judiciária já existente.

Caso fosse adotado tal modelo, no âmbito da Justiça Militar da União, cada uma das 12 circunscrições teria, ao menos, um juiz das garantias diferente, com competência territorial limitada. Por exemplo, a 1ª circunscrição que abrange os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo teria a sua própria “Auditoria das Garantias”. Também é o caso da justiça militar estadual do Rio Grande do Sul, que conta com competência regionalizada e comarcas no interior, podendo ser implementado o instituto do juiz das garantias em cada um dos locais em que há sede de auditoria (Porto Alegre com 2 e Santa Maria e Passo Fundo com 1 cada).

4.2 Modelo de rodízio entre juízos e juízes

Diferentemente do modelo de especialização ou regionalização, o rodízio consistiria na atribuição da competência prevista no art. 3º-B do CPP (funções do Juiz das Garantias) para todos os magistrados do tribunal. O rodízio seria entre juízos quando uma determinada auditoria atua como “juízo” das garantias da outra; e seria entre juízes quando em uma mesma auditoria os juízes titular e substituto revezam a atribuição de “juiz” das garantias.

Para as justiças que possuem apenas uma única auditoria, por um lado, o modelo de rodízio entre juízos se mostra inviável, porque se há apenas uma auditoria, não haveria outra para exercer as competências previstas para o juiz das garantias; também o rodízio entre juízes é inviável se não houver dois juízes por auditoria. Por outro lado, é plenamente possível o rodízio entre juízes em circunscrições com apenas uma auditoria em que haja dois juízes, uma vez que o juiz titular poderá ser o juiz das garantias do juiz substituto e vice-versa, como é o caso de muitas das circunscrições da Justiça Militar

da União e em algumas justiças militares estaduais.

É de se ressaltar que, em locais com apenas uma auditoria com dois juízes, a hipótese viável demandaria também uma adequação da estrutura administrativa da secretaria de modo a preservar o acatamento correto e não confusão dos autos entre juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento, consoante o art. 3º-B, §3º do CPP, já que os mesmos servidores da mesma auditoria trabalharão com o mesmo processo, havendo separação tão somente na atuação dos magistrados. Também neste caso haveria uma maior dificuldade no tocante a impedimentos, suspeição, férias, afastamento, entre outros: como são dois juízes na auditoria e um deles já atuou como juiz de garantias, se o outro estiver em qualquer das situações supramencionadas, não haveria outro magistrado na auditoria para exercer a competência de juiz da instrução e julgamento, sendo necessário, mais uma vez, a elaboração de uma possível e extensa pré-determinação para tais casos. Em quaisquer dessas situações em que o juiz titular ou o juiz substituto incorrer, seria necessária a substituição por juiz de outra auditoria, o que também iria contra o próprio modelo de rodízio “entre juízes”.

Para além das auditorias militares que possuem tribunal próprio (Justiça Militar da União e justiças militares de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), nas demais justiças há apenas uma auditoria, que pode possuir um único juiz titular ou, eventualmente, dois juízes (um titular e um substituto). No caso de uma justiça militar com apenas uma auditoria e apenas um juiz, necessariamente o juiz das garantias de um processo penal militar seria exercido por um juiz que não atua em auditoria militar, mas que atua com o processo penal comum e pode vir a desconhecer as peculiaridades deste ramo especializado do direito, o que pode constituir um entrave para a sua implementação.

Para as justiças que possuem mais de uma auditoria (Justiça Militar da União e justiças militares de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), todos os juízes das auditorias teriam competência como Juiz das Garantias, podendo ser sorteados aleatoriamente na distribuição processual; após, e ao ser oferecida a denúncia, esta competência cessaria, sendo o processo encaminhado para outro magistrado, em respeito ao art. 3º-D do CPP, com a interpretação dada pelo STF nas ADIs supramencionadas. O rodízio poderia ser feito de algumas formas, como por tabelamento pré-determinado, por

20 TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 105/24, de 20 de março de 2024: “Art. 1º Implantar no Juízo da 5ª Auditoria Militar Estadual (AME) o juiz das garantias para desempenhar as funções de controle da legalidade da investigação de crimes militares e a salvaguarda os direitos individuais dos investigados, competindo-lhe especialmente: [...]”.

distribuição aleatória, ou por regime de plantão.

O rodízio por tabelamento determinaria, por exemplo, que o “Juiz A” exerceria o papel de juiz das garantias do “Juiz B”, que por sua vez exerceria o papel de juiz das garantias do “Juiz C”, e assim sucessivamente, sempre com designações pré-estabelecidas a fim de resguardar o juiz natural. Essa opção demandaria uma possível e extensa pré-determinação para os casos de impedimento, suspeição, férias, afastamento, entre outros. Isso, porque caso o “Juiz A” é pré-estabelecido como juiz das garantias do “Juiz B” e ele está em qualquer dessas situações, não haveria juiz de garantias para o “Juiz B”, sendo necessário criar regras secundárias como a pré-fixação do “Juiz C” que, por sua vez, também poderia se declarar impedido, sendo necessário pré-fixar o “Juiz D” (regra terciária), e assim sucessivamente. Há, como se vê, uma possível confusão e dificuldade organizacional.

O rodízio por distribuição aleatória, já implementado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região²¹, consiste em dupla distribuição processual, uma para o juiz das garantias e outra para o juiz da instrução e julgamento, com exclusão do juiz primevo. O problema exposto quando do rodízio por tabelamento pode ser atenuado com este rodízio por distribuição aleatória, por excluir os juízes impedidos, suspeitos, de férias, afastados, e o próprio juiz das garantias da nova distribuição para o juiz da instrução e julgamento. Trata-se de solução salutar proposta por Marcos Nery no âmbito da justiça mineira²².

O rodízio por plantão seria estabelecido conforme escala elaborada pelo próprio tribunal, em que determinado magistrado responderia por determinado período pelo juízo das garantias, com posterior remessa dos autos para o próximo juízo das garantias. Esta opção também apresenta possíveis entraves no tocante à limitação temporal para finalizar o exercício como juiz de garantias, já que processos investigativos mais longos podem ter inúmeros juízes de garantias, o que poderia ser um problema nas justiças militares que não possuem número tão elevado de auditorias como nas justiças comuns, com esgotamento das possibilidades

do plantão, sem juízes para a instrução e julgamento, já que impedidos de atuar.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, todos os modelos apresentados são fática e juridicamente possivelmente implementáveis no âmbito das auditorias militares no Brasil, com maiores ou menores dificuldades, nos âmbitos financeiro, logístico e organizacional, devendo sempre o modelo escolhido de implementação do juiz das garantias ser guiado pela realidade local de cada tribunal.

A implementação do modelo de especialização, com criação de uma “Auditoria das Garantias” é sempre possível, ocasionando, contudo, a necessidade de profundas alterações dos pontos de vista financeiro e logístico, com contratação de novos magistrados e servidores, adaptação de locais de trabalho, dentre outros. Sem tais alterações, e considerando a atual realidade, algumas considerações finais devem ser feitas.

Em estados/regiões/circunscrições em que há apenas uma auditoria militar com apenas um juiz, nenhum dos modelos acima são implementáveis, sendo necessário que um juiz ou vara externos à realidade da justiça militar exerçam o papel de juiz das garantias, o que traz os ônus relacionados ao desconhecimento

do processo penal militar.

Em estados/regiões/circunscrições em que há apenas uma auditoria militar com dois juízes – um titular e um substituto designado, somente o modelo de rodízio entre juízes é possível, devendo o juiz titular ser o juiz das garantias do juiz substituto e vice-versa. Apesar da viabilidade de sua implementação, há os ônus relacionados à dificuldade em situações de impedimentos, suspeições, férias, licenças e outras situações em que um dos juízes não possa atuar.

Em estados/regiões/circunscrições em que há mais de uma auditoria, todos os modelos são implementáveis. É possível a adoção da especialização, com a transformação de uma das atuais auditorias em uma “Auditoria das Garantias”, o rodízio entre juízos, e o rodízio entre juízes dentro de uma mesma auditoria. Neste caso, que é a realidade das 1ª, 2ª, 3ª e 11ª circunscrições da

“Para as justiças que possuem apenas uma única auditoria, por um lado, o modelo de rodízio entre juízos se mostra inviável, porque se há apenas uma auditoria, não haveria outra para exercer as competências previstas para o juiz das garantias.”

21 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Resolução CJF3R nº 117, de 31 de janeiro de 2024.

22 NERY, Marcos. Aplicabilidade do juiz das garantias no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais: o critério da dupla distribuição automática. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2024. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/aplicabilidade-do-juiz-das-garantias-no-tribunal-de-justi%C3%A7a-militar-de-minas-gerais-o-crit%C3%A9rio-da-d>.

Justiça Militar da União, justiças militares estaduais de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul – em Porto Alegre –, o modelo que, *prima facie*, parece ter menores entraves e maiores benefícios é o do rodízio entre juízos por distribuição aleatória, por evitar a concentração de poder investigatório em apenas um juiz, permitindo que todos exerçam essa relevante função, além de bem delimitar as situações em que um dos juizes não possa atuar, mostrando-se a forma de implementação com maior publicidade e menos suscetível a críticas acerca da distribuição processual.

Por fim, destaca-se que a implementação do modelo de regionalização mostra-se possível e adequada onde já há regionalização para processar e julgar as ações penais, como nas Justiças Militares da União e do Estado do Rio Grande do Sul, que já possuem separação de competências por circunscrição / região, devendo-se, neste caso, haver a sequência dos mesmos moldes, marcos e divisas já adotados atualmente nas regras de organização judiciária. Em outros locais em que não há regionalização para processar e julgar as ações criminais, não parece ser o caso de adoção de regionalização tão somente para a implementação do juiz das garantias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 24.08.2023
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305. Presidente: Ministro Dias Toffoli, proferida em 15.01.2020
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Resolução CJF3R nº 117, de 31 de janeiro de 2024
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Junho/2020. Grupo de Trabalho. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>
- CONSULTOR JURÍDICO. CNJ estuda normas que padronizem atuação dos juizes das garantias. Consultor Jurídico, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-09/cnj-estuda-normas-que-padronizem-atuacao-dos-juizes-das-garantias/>
- FOUREAUX, Rodrigo. A Lei n. 13.964/19 e a adoção do juiz das garantias na Justiça Militar. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2019. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/12/26/A-Lei-n-1396419-e-a-ado%C3%A7%C3%A3o-do-juiz-das-garantias-na-Justi%C3%A7a-Militar>
- JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/19. In: NICOLITT, André; FELIX, Yuri. O STF e a constituição: estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020
- JUDICIÁRIO. CNJ estuda normas que padronizem atuação dos juizes das garantias. Consultor Jurídico, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-09/cnj-estuda-normas-que-padronizem-atuacao-dos-juizes-das-garantias/>
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume único. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018
- LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. O juiz das garantias está valendo? Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-31/criminal-player-juiz-garantias-valendo/>
- MATTOSO, Camila; PINHO, Ângela; BOLDRINI, Ângela. Especialistas dizem ser difícil implementar juiz das garantias, e CNJ cria grupo de trabalho. São Paulo, 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/especialistas-dizem-ser-dificil-implementar-juiz-das-garantias-e-cnj-cria-grupo-de-trabalho.shtml>
- NERY, Marcos. Aplicabilidade do juiz das garantias no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais: o critério da dupla distribuição automática. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2024. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/aplicabilidade-do-juiz-das-garantias-no-tribunal-de-justi%C3%A7a-militar-de-minas-gerais-o-crit%C3%A9rio-da-d>
- NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime comentado. Lei 13.964/2019 e promulgação dos vetos de 29.04.2021. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2014
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 105/24, de 20 de março de 2024

A NECESSIDADE MILITAR NO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS.



Pierre Bricard¹

RESUMO:

I. As convenções internacionais que regulamentam o direito humanitário dos conflitos armados são compulsórias, mas podem suportar algumas exceções.

II. A possibilidade da isenção por “necessidade militar” da aplicação de uma regra dos conflitos armados deve ser expressamente invocada por uma estipulação específica de uma Convenção do direito internacional humanitário.

III. A aplicação prática dessa isenção fica a critério de cada beligerante, mas é flexibilizada pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Os tribunais internacionais apreciam a pertinência da aplicação da isenção.

O direito humanitário tem sido amplamente comentado por juristas que se debruçaram essencialmente sobre o direito à paz, considerações teóricas, filosóficas e históricas e princípios gerais óbvios de humanidade. Contudo, a noção de necessidade militar é um conceito bastante vago e subjetivo que raramente é invocado e comentado porque é avaliado em considerações relacionadas à estratégia militar e às contingências específicas do conflito armado invocadas pelos comandantes.

Podemos lembrar que o direito internacional humanitário, também chamado de “direito dos conflitos armados”, abrange dois campos específicos de aplicação: -O direito de Haia” (Convenções de Haia de 1899 e IV, VIII e IX de 1907) estabelece os direitos e obrigações das partes na condução das hostilidades, limitando, assim, a escolha dos meios de guerra, estabelecendo princípios de lealdade entre combatentes e proibindo o uso de armas ou métodos de guerra que possam causar perdas desnecessárias ou sofrimento excessivo, -O direito de Genebra” (Convenções de Genebra de 1949 e protocolo adicional de 1977) protege os soldados que deixaram de participar do combate, feridos ou prisioneiros e as pessoas que não participam diretamente ao conflito seja principalmente a população civil.

Este corpo jurídico que constitui o “jus in bello” aplica-se apenas em situações de guerra, seja em conflitos armados internacionais ou em conflitos armados não internacionais. Assim este direito obviamente não determina se um Estado tem ou não o direito de iniciar o conflito armado. De fato, essa questão do “Jus ad bellum” é regida por uma parte distinta do direito internacional amplamente estabelecida na Carta das Nações Unidas.

O objetivo desse “jus in bello”, portanto, é essencialmente limitar os efeitos desastrosos dos conflitos armados, protegendo as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades. Esse direito vinculativo por natureza suporta poucas exceções, mas a sua aplicação é deixada ao critério das partes beligerantes sujeitas ao controlo soberano e imparcial dos tribunais internacionais.

I. A lei dos conflitos armados é uma lei vinculante, cuja aplicação suporta poucas exceções.

As estipulações das Convenções internacionais são bastante precisas e se aplicam imperativamente aos Estados. Portanto, é possível afirmar que uma grande parte desse direito dos conflitos armados constitui, assim, o “jus cogens” no sentido estrito do termo. Essas convenções vinculantes, compostas de normas peremptórias, afirmam princípios considerados universais e superiores que devem constituir a base das normas compulsórias do direito internacional dos conflitos armados.

É por isso que acordos especiais entre os beligerantes não podem suprimir o nível mínimo de proteção oferecido por essas convenções. Esses direitos são inalienáveis porque a pessoa protegida não pode renunciar a eles unilateralmente. Além disso, essa noção de norma peremptória é definida pela Convenção de Viena de 23 de maio de 1969² sobre o direito dos tratados.

Esse reconhecimento de regras internacionais imperativas evoca, assim, a ideia de direito natural que exige a aplicação de regras fundamentais ligadas à consciência universal da sociedade internacional. Não seria, portanto, lógico interrogá-las invocando razões gerais ligadas aos constrangimentos da guerra. É por isso que não existe uma cláusula geral de isenção, mas apenas estipulações específicas que podem ser aplicadas a casos específicos.

Portanto, podemos enfatizar que, na prática, e de maneira geral, a maioria das estipulações do direito dos conflitos armados não tolera nenhuma exceção ou isenção. Se as isenções forem excepcionalmente previstas, elas devem constituir um equilíbrio entre as necessidades da guerra e o ideal humanitário que impõe a proteção e o respeito da população civil.

Além do mais, alguns princípios básicos do direito dos conflitos armados têm de ser considerados e aplicados sem nenhuma

1 Magistrado civil francês aposentado do Ministério da Justiça, licenciado em Direito pela Faculdade de Direito de Grenoble (França), ex-chefe do serviço jurídico da divisão de assuntos criminais militares do Ministério da Defesa, ex-assessor jurídico do comando das forças da OTAN na exIugoslávia.

2 Artigo 53: “É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, estiver em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins desta Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral. direito internacional do mesmo caráter”.

derrogação. Assim, qualquer tática militar deve imperativamente limitar-se a objetivos puramente militares, utilizando meios e métodos de combate que não sejam expressamente proibidos. Por exemplo, de acordo com as estipulações obrigatórias das Convenções de Haia³, não se pode usar armas proibidas, matar ou ferir um inimigo que se rende depondo as armas; não se pode também declarar que não dará quartel; não se pode também enganar o inimigo pelo uso indevido de suas bandeiras, uniformes ou sinais distintivos, usar indevidamente a bandeira branca para negociar ou usar indevidamente os sinais distintivos da Cruz Vermelha.

Não obstante, os comandantes podem excepcionalmente declarar provisoriamente que algumas regras específicas contidas em estipulações particulares das Convenções não serão aplicadas por “necessidades militares”.

No entanto, deve-se enfatizar que uma derrogação a uma norma do direito dos conflitos armados é admissível somente quando uma estipulação de uma Convenção expressamente o prevê. O argumento da necessidade militar que justifica a não aplicação de uma regra específica de conflito armado deve, portanto, ser expressamente previsto.

Assim, um comandante militar não pode recorrer a um argumento geral de estado de necessidade para suspender a aplicação de qualquer norma do direito dos conflitos armados. A própria existência dessas cláusulas de derrogação a uma regra específica invocando expressamente o argumento da necessidade militar prova a contrário de que não se pode invocar uma derrogação geral a todas as regras.

II. A possibilidade da isenção por “necessidade militar” na aplicação de uma regra deve, assim, ser expressamente invocada por uma estipulação específica de uma Convenção do direito internacional humanitário.

A “Necessidade militar” pode ser um motivo de isenção, mas o aspecto restritivo e imperativo de todas as regras do direito dos conflitos armados impõe cláusulas de isenção específicas. Assim, todas essas necessidades militares devem ser planejadas expressamente por estipulações de uma Convenção internacional. São, portanto, “necessitates in lege”, ou mesmo “per legem”.

Como a noção de “necessidade militar” deve, como acabamos de dizer, ser expressa e excepcionalmente invocada por uma estipulação de uma Convenção, é necessário, portanto, enumerar as estipulações das Convenções que a preveem.

No entanto, se as Convenções preveem derrogações, seria tentador deduzir que existem níveis de importância das normas do direito dos conflitos armados. De fato, a existência de isenções específicas que invocam a “necessidade militar” poderia possibilitar a reconstrução de um direito dos conflitos armados priorizando e hierarquizando as normas. Mas é difícil, na prática, fazer uma classificação. Além disso, não parece que essa fosse a vontade dos redatores das Convenções. No entanto, é possível, na melhor das hipóteses, analisando detalhadamente

cada Convenção, elaborar uma lista não exaustiva de casos em que a necessidade militar é expressamente prevista por estipulação de uma Convenção. De fato, se essa noção de necessidade militar é difundida caso a caso, é pelo menos possível identificá-la em duas categorias de estipulações.

A primeira, muito restritiva, só permite a derrogação em caso de “imperiosa necessidade militar”; esta categoria é reservada para os casos mais urgentes. Na segunda categoria se trata de estipulações que permitem uma isenção em caso de simples “necessidade” ou “requisito militar”.

a) As estipulações que invoquem necessidade militar imperativa ou qualquer termo equivalente. Como veremos, os valores mais importantes são protegidos por um limite de derrogação bastante alto, o de necessidade militar “imperativa”. Deve-se notar que as estipulações mais recentes usam essa fórmula muito restritiva com uma frequência relativamente maior do que os textos mais antigos. Nesta categoria podemos assim observar as seguintes regras principais:

- Liberdade de movimento para o pessoal de emergência⁴:

Esta regra essencial constitui uma norma de direito internacional consuetudinário aplicável aos conflitos armados, tanto internacionais como não internacionais. O Protocolo Adicional I, no entanto, prevê que “as atividades desse pessoal de socorro só podem ser limitadas e seus movimentos temporariamente restringidos em casos de necessidade militar imperiosa”. Esta derrogação justifica-se pelo fato de as operações de socorro não poderem interferir nas operações militares, o que poderia comprometer a segurança do pessoal de socorro. O Protocolo II esclarece o princípio

da liberdade de movimento, bem como a necessidade de passagem rápida e desimpedida do pessoal de ajuda humanitária, exigindo que cada parte em conflito tome medidas para proteger o pessoal, “na área sob seu controle, contra os efeitos de minas, armadilhas e outros dispositivos”.

Obviamente, essa restrição vinculada à necessidade militar imperativa prevista pelo artigo 71 §3º do Protocolo Adicional I de 1977 só pode, portanto, ser limitada e temporária.

Na verdade, essa liberdade de movimento, que foi invocada muitas vezes, tanto em conflitos armados internacionais como em conflitos não internacionais, preocupou muito a sociedade internacional. O Conselho de Segurança da ONU, por exemplo, pediu a todas as partes nos conflitos no Afeganistão, Angola, Bósnia e Herzegovina, Geórgia, Libéria, Somália e Tajiquistão que garantam a liberdade de circulação do pessoal de ajuda humanitária⁵.

No conflito na Ucrânia, a Rússia foi instada a concordar com a abertura de corredores humanitários e a aceitar a proposta ucraniana para a circulação segura de bens humanitários. Diante dessa tragédia humanitária, alguns países como México e a França queriam que fosse elaborado um projeto de resolução que pedisse a garantia da proteção dos civis e do acesso humanitário em todo o

“Podemos enfatizar que na prática e de maneira geral, a maioria das estipulações do direito dos conflitos armados não tolera nenhuma exceção ou isenção.”

3 Artigos 22 a 34 da Convenção de Haia de 29 de julho de 1899 sobre as leis e costumes de guerra, Artigo 22 a 28 da IV Convenção de Haia de 18 de outubro de 1907 contendo regulamentos sobre as leis e costumes de guerra.

4 Artigo 71 §3º do Protocolo Adicional I de 1977

5 Conselho de Segurança da ONU, resoluções 1265 e 1296.

território ucraniano. Muitos países, atentos à situação na Ucrânia, insistiram que consultas urgentes permitam avançar nesse ponto. - A destruição ou apreensão de propriedades inimigas: A destruição ou apreensão de propriedades inimigas são estritamente proibidos como método de guerra. Esta é uma regra de direito internacional muito antiga que já constava no Código Lieber e na Declaração de Bruxelas⁶ e que foi então codificada nos Regulamentos de Haia de 1907. Os códigos de justiça militar de muitos países preveem essa proibição.

Um exemplo flagrante dessa destruição é encontrado naqueles que foram sistematicamente organizados durante a invasão das tropas nazistas na União Soviética durante a Segunda Guerra Mundial. Mas há, também, muitos outros exemplos em fatos mais contemporâneos.

A violação dessa regra de proibição de “destruição e apropriação de propriedade, não justificada por necessidade militar imperativa e realizada em grande escala de forma ilícita e arbitrária” constitui uma violação grave das Convenções de Genebra. Além disso, nos termos do estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), “o fato de destruir ou apreender os bens do inimigo, salvo no caso em que tal destruição ou apreensão seja, ordenada imperativamente pelas necessidades da guerra”, é um Crime de guerra.

A noção de “grande escala” é avaliada de acordo com os fatos do caso. Um “fato único, como a destruição de um hospital, pode ser suficiente para caracterizar uma infração”⁷.

Quanto ao confisco ou expropriação de bens imóveis decidido unilateralmente pelas forças armadas ocupantes, é estritamente proibido. Mas as forças ocupantes podem fazer requisições provisórias destinadas ao alojamento das tropas de ocupação; essas medidas são previstas e regulamentadas por leis especiais nacionais da força de ocupação. Por outro lado, a apreensão de bens móveis civis ou militares pode ser feita para fins militares; as modalidades desta apreensão são geralmente previstas por disposições de uma legislação nacional específica⁸.

No conflito na Ucrânia, foram observados numerosos roubos, em particular, por exemplo, a apropriação de numerosos materiais agrícolas roubados indevidamente por soldados russos com o objetivo de fornecer empresas agrícolas russas. Esses fatos que não podem ser vinculados a ordens judiciais ou prerrogativas das tropas de ocupação são investigados pelas autoridades judiciárias ucranianas.

- O cumprimento das leis em vigor no território ocupado, “salvo se absolutamente impedido”⁹: Esta é uma das principais obrigações da potência ocupante. Deve tomar medidas para garantir a ordem e a segurança públicas respeitando as leis em vigor no território ocupado, a menos que “constituam uma ameaça à segurança ou um obstáculo à aplicação do direito internacional dos direitos humanos”.

- A proteção das enfermarias dos navios de guerra¹⁰:

No caso de combate a bordo de navios de guerra, as enfermarias serão respeitadas e poupadas. Essas enfermarias e seus equipamentos permanecerão sujeitos às leis da guerra, mas

não poderão ser desviados de seu uso enquanto forem necessários para os feridos e doentes. No entanto, o comandante que os tem em seu poder tem a opção de eliminá-los, “em caso de necessidades militares urgentes”, assegurando previamente a segurança e o destino dos feridos e doentes que ali são tratados.

- O uso de edifícios, equipamentos e depósitos de estabelecimentos médicos para fins militares¹¹:

Deve ser feita uma distinção entre instalações fixas e móveis.

Em primeiro lugar, os equipamentos das unidades médicas móveis das Forças Armadas, que tenham caído em poder de um beligerante, permanecerão destinados aos feridos e doentes.

As instalações de saúde móveis incluem, assim, hospitais de campanha. Não tem alguma derrogação por razões de necessidade militar. Contudo, a Convenção não prevê a sua restituição à parte adversa.

Por outro lado, os prédios, equipamentos e depósitos, dos estabelecimentos médicos fixos das Forças Armadas, permanecerão sujeitos ao direito da guerra, mas não poderão ser desviados de seu uso enquanto forem necessários aos feridos e enfermos. No entanto, os comandantes dos exércitos no terreno podem utilizá-los, em caso de “necessidade militar urgente”, desde que tenham tomado antecipadamente as medidas necessárias para o bem-estar dos doentes e feridos aí tratados. Materiais e depósitos não devem ser destruídos intencionalmente.

Quanto à proibição de destruição, aplica-se tanto à propriedade da parte contrária como à propriedade de uma das partes.

- Limitações à proteção de bens indispensáveis à sobrevivência da população civil¹²:

É proibido atacar, destruir, retirar ou inutilizar objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil. Essa regra constitui uma norma de direito internacional consuetudinário aplicável tanto em conflitos armados internacionais como não internacionais. Estes são objetos civis que, em princípio, não podem ser atacados. Isso inclui alimentos e as áreas que os produzem, culturas, gado, instalações e suprimentos de água potável e obras de irrigação. Isso também pode ser estendido a medicamentos, roupas, roupas de cama e até acomodações de emergência.

De acordo com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), “esfomear deliberadamente civis, como método de guerra, privando-os de objetos indispensáveis à sua sobrevivência” constitui crime de guerra em conflitos armados internacionais. Supostas violações desta regra foram observadas durante os conflitos na Bósnia-Herzegovina e na República Democrática do Congo.

Há, no entanto, duas exceções a essa proibição.

A primeira baseia-se no fato de que esses objetos podem ser considerados objetivos militares. O Protocolo Adicional I prevê que isso pode ocorrer se a propriedade for utilizada exclusivamente para a subsistência dos combatentes ou para outros fins em apoio direto a uma ação militar.

A segunda exceção consiste na chamada política de “terra arrasada” aplicada como método de guerra defensiva do território

6 Código Lieber (1863) artigo 15 e 16, Declaração de Bruxelas (1874) artigo 13, Regulamento de Haia (1907) artigo 23. Artigo 53 da Convenção de Genebra IV para territórios ocupados.

7 Caso Blaskic Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia.

8 No que diz respeito ao Decreto da França n.º 2016-1258, de 27 de setembro de 2016, relativo às operações de apreensão de bens móveis pelas forças armadas francesas.

9 Artigo 43 do Regulamento de Haia (1907).

10 Artigo 28 da Convenção de Genebra II (1949).

11 Artigo 33, § 3, da Convenção de Genebra I (1949).

12 Artigo 54, § 5º, do Protocolo Adicional I de 1977.

nacional contra invasões. O Protocolo Adicional I prevê essa exceção “levando em consideração os requisitos vitais de qualquer parte no conflito para a defesa de seu território nacional contra invasão”, “se necessidades militares imperativas assim o exigirem”.

-Evacuação total ou parcial de uma região ocupada¹³.

As transferências forçadas de população são estritamente proibidas, seja qual for o motivo. No entanto, a potência ocupante pode proceder à evacuação total ou parcial de uma determinada região ocupada, se a segurança da população ou “necessidades militares imperiosas assim o exigirem”.

Além disso, a potência ocupante não pode manter pessoas protegidas em uma região particularmente exposta aos perigos da guerra, a menos que a segurança da população ou requisitos militares imperativos assim o exijam.

- A restrição de visitas a prisioneiros de guerra por representantes ou delegados das potências protetoras¹⁴.

A duração e a frequência das visitas não são limitadas. Mas as visitas só podem ser proibidas por “necessidade militar imperiosa” e apenas em caráter excepcional e temporário.

- A proteção dos bens culturais protegidos¹⁵:

A obrigação de proteger os objetos de grande importância para o patrimônio cultural dos povos é um princípio do direito internacional consuetudinário aplicável tanto em conflitos armados internacionais como não internacionais. Só pode ser derogado “nos casos em que uma necessidade militar exige imperativamente tal derrogação”.

O segundo protocolo da Convenção de Haia esclareceu o significado e o alcance desta derrogação. Especifica que esta derrogação só pode ser invocada para evitar expô-los à destruição ou deterioração “quando e enquanto não for possível escolher entre esse uso de bens culturais e outro método”¹⁶.

b) As estipulações que invoquem a simples necessidade militar.

Essas estipulações são muito mais numerosas e mencionam simples “exigências militares” ou “necessidades militares”.

Podemos mencionar em particular o apoio às medidas tomadas para procurar os mortos ou feridos, socorrer os naufragos e outras pessoas expostas a graves perigos e protegê-los contra a pilhagem e os maus tratos “na medida em que a necessidade militar o permita”¹⁷; o aviso prévio antes de qualquer bombardeio por forças navais (mar/terrestre)¹⁸; a obrigatoriedade de desativação das minas após certo tempo e a comunicação de zonas perigosas lavradas por beligerante e não fiscalizadas, por meio de aviso à navegação, que também deve ser comunicado aos Governos por via diplomática¹⁹; o bombardeio de instalações militares no porto de localidades indefesas se a necessidade militar, exigindo ação imediata, não permite a concessão de atraso²⁰; a liberação de pessoal médico ou religioso, cuja retenção não seja mais essencial²¹; a proteção dos barcos resgates costeiros “conforme permitirem os requisitos operacionais”²²; a proibição temporária de correspondência enviada a prisioneiros de guerra por motivos militares ou políticos²³ etc.

III. A aplicação prática dessa isenção fica a critério de cada beligerante, mas é flexibilizada pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A aplicação da cláusula específica de “necessidade militar” não isenta o beligerante que a invoca de respeitar o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, o uso da força ou as restrições aos direitos das pessoas protegidas só podem ser justificados para alcançar objetivos ou vantagens militares específicas. Assim, embora a necessidade militar possa justificar ataques ou assaltos deliberados, deve ser justificada por vantagens militares dentro dos limites do princípio geral da proporcionalidade que rege o direito dos conflitos armados.

Além disso, algumas práticas são repreensíveis. É o caso das represálias cometidas em resposta a graves violações das estipulações das Convenções feitas por um beligerante. Obviamente, podemos lembrar que as disposições fundamentais do direito humanitário não deixam espaço para derrogações por necessidade militar ligada a represálias. É o caso, por exemplo, da proteção de prisioneiros de guerra ou civis sob o controle de uma parte no conflito.

Ataques, agressões ou violações do direito humanitário não devem, portanto, revelar-se inúteis, pois devem ser relacionados a uma vantagem militar específica.

Em primeiro lugar, devem obviamente ser aplicadas de boa fé e não podem haver como objetivo semear o terror entre a população civil. Em segundo lugar, devem ser proporcionais aos danos ou restrições causadas a civis ou partes protegidas.

Mas uma das grandes questões na aplicação dessas isenções por necessidade militar é determinar quem avalia sua oportunidade e proporcionalidade.

Obviamente, os comandantes militares não podem fugir às regras gerais do direito internacional por qualquer motivo. Mas, na verdade, cada beligerante aprecia a necessidade militar de cada espécie. Esta avaliação pode, no entanto, ser revisada posteriormente por um tribunal.

No entanto, deve-se enfatizar que a apreciação pessoal da interpretação das convenções internacionais por um comandante militar pode ser muito subjetiva e tendenciosa. Cada beligerante tenderá de fato a ver sua necessidade militar de forma mais ampla em relação aos interesses de terceiros que não participam do conflito. Além disso, como é facilmente compreensível, o controle a posteriori desses atos por um tribunal acaba sendo ineficaz se esse tribunal não for verdadeiramente independente da hierarquia militar.

Por exemplo, é fácil ver as diferenças entre as interpretações dadas ao termo “necessidade militar” pelos tribunais militares israelenses e pela Corte Internacional de Justiça em relação aos territórios ocupados.

Na verdade, os tribunais israelenses têm usado o conceito de necessidade militar para abranger os mais diversos atos, desde a

13 Artigo 49, § 2, da Convenção de Genebra IV (1949). Para conflitos armados não internacionais: Artigo 17 do Protocolo Adicional II de 1977.

14 Artigo 126 da Convenção de Genebra III (1949). Para internados civis: Artigo 143, § 3, da Convenção de Genebra IV (1949).

15 1Artigo 4.º da Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954).

16 Artigo 6º do Segundo Protocolo da Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais (1999)

17 Artigo 16 §2 da Convenção de Genebra IV (1949).

18 Artigo 6 da Convenção de Haia IX relativa ao bombardeio por forças navais em tempo de guerra (1907).

19 Artigo 3, § 2, da Convenção VIII de Haia relativo à colocação de minas automáticas de contato submarino (1907).

20 Artigo 2, § 3, da Convenção de Haia IX sobre bombardeios por forças navais em tempo de guerra (1907).

21 Artigo 30 da Convenção de Genebra I (1949).

22 Artigo 27 da Convenção de Genebra II (1949).

23 Artigo 76, § 3, da Convenção de Genebra III (1949); a proibição de correspondência imposta aos internados civis: artigo 112, § 3, da Convenção de Genebra IV (1949).

destruição de casas, a construção de obras, o confisco de terras e o deslocamento de pessoas. A necessidade militar, portanto, tendia a ser um motivo bastante genérico na motivação desses tribunais.

No caso da construção de um muro no território palestino ocupado, a Corte Internacional de Justiça avaliou os fatos de forma diferenciada em relação à necessidade militar. Ela considerou que a destruição ligada à construção de um muro não era “absolutamente necessária” pelas operações militares.

A Corte de Haia, que se pronunciou sobre esses pontos por unanimidade dos quinze juízes, portanto, aplicou rigorosamente o controle da legalidade das medidas em relação às Convenções de Genebra, avaliando de forma objetiva a real necessidade da medida e sua proporcionalidade.

Podemos, assim, considerar que as jurisdições militares nacionais não têm distância e objetividade suficientes para aplicar esse conceito de “necessidade militar”. Isso acaba sendo frequente para qualquer tribunal militar que decida em uma área política e militarmente muito controversa. Parece, portanto, que os tribunais internacionais têm a independência e a competência necessária para apreciar os contornos jurídicos exatos e as sutilezas dessa noção de “necessidade militar”.

No entanto, deve-se notar que, quando as normas exigem que um beligerante avalie as vantagens militares de uma ação contra as perdas humanitárias, a necessidade militar é avaliada como uma unidade de medida e parece assim que essa avaliação pode ser feita de forma mais sutil por uma Corte internacional independente.

Pode-se encontrar uma aplicação disso no caso de danos colaterais que podem ser excessivos em relação à vantagem militar esperada²⁴. O comandante militar deve equilibrar a vantagem militar com as perdas civis de acordo com a unidade de medida de proporcionalidade. Assim, proporcionalidade e necessidade são dois conceitos intimamente relacionados.

Por um lado, a necessidade corresponde a um objetivo militar específico decidido pelo comandante militar. É por isso que a definição de objetivos militares é um elemento essencial da proteção dos civis durante um conflito armado. Esta definição tem dois requisitos.

O primeiro refere-se à escolha do alvo pelo inimigo. A destruição do objeto atacado deve, de fato, contribuir efetivamente para a ação militar.

O segundo requisito reside no fato de que a destruição desse alvo, sua captura ou sua neutralização devem oferecer uma vantagem militar precisa. Portanto, ataques que trazem apenas benefícios indeterminados ou contingentes são ilegais. Em caso de dúvida, presume-se que os bens normalmente destinados a um uso puramente civil, por exemplo, um local de culto, uma escola ou uma casa, não contribuam efetivamente para a ação militar. Será necessário, então, fornecer provas de sua efetiva contribuição a uma ação militar para legitimar seu ataque.

Por outro lado, a proporcionalidade constitui a unidade de medida que poderia permitir apreciar a importância dos danos esperados em relação às vantagens da tática militar utilizada.

Nesse equilíbrio, a vantagem militar é, portanto, um parâmetro importante, pois é através dela que surge a necessidade militar. Na verdade, a apreciação desse parâmetro pelos comandantes é muito difícil exigindo muita experiência e cautela. Sobretudo depende

da inteligência militar coletada em um determinado momento. Assim, fica difícil criticar as ordens de um comandante que, agindo de boa fé para proteger suas tropas, pode infelizmente se enganar sobre a importância e o perigo do alvo do ataque e também suas consequências.

No entanto, se atacar um determinado objetivo pode parecer importante no decorrer da guerra, as considerações humanitárias também constituem um parâmetro para limitar os efeitos desse ataque. A necessidade militar designa em todos estes casos o interesse militar em poder realizar uma ação que seja consistente com o objetivo militar desejado, mas respeitando as considerações humanitárias.

Consequentemente, as referências à necessidade militar não significam a introdução de liberdade subjetiva ilimitada em favor do beligerante que as invoca. Os direitos das populações civis devem, de fato, ser respeitados, mesmo que a necessidade militar apresente algum interesse estratégico.

A desculpa da necessidade militar é, portanto, um princípio jurídico aberto, cuja flexibilidade de interpretação permite referir-se às circunstâncias do caso. Essa flexibilidade, no entanto, torna o conceito muito difícil de definir de perto na prática.

Consequentemente, pode-se concluir que a necessidade militar derogatória do direito comum deixado ao critério dos comandantes militares se tornou uma perigosa exceção do direito dos conflitos armados. É por isso que esse conceito deve ser interpretado estritamente em aplicação da regra geral de que as exceções à lei geral devem ser interpretadas estritamente.

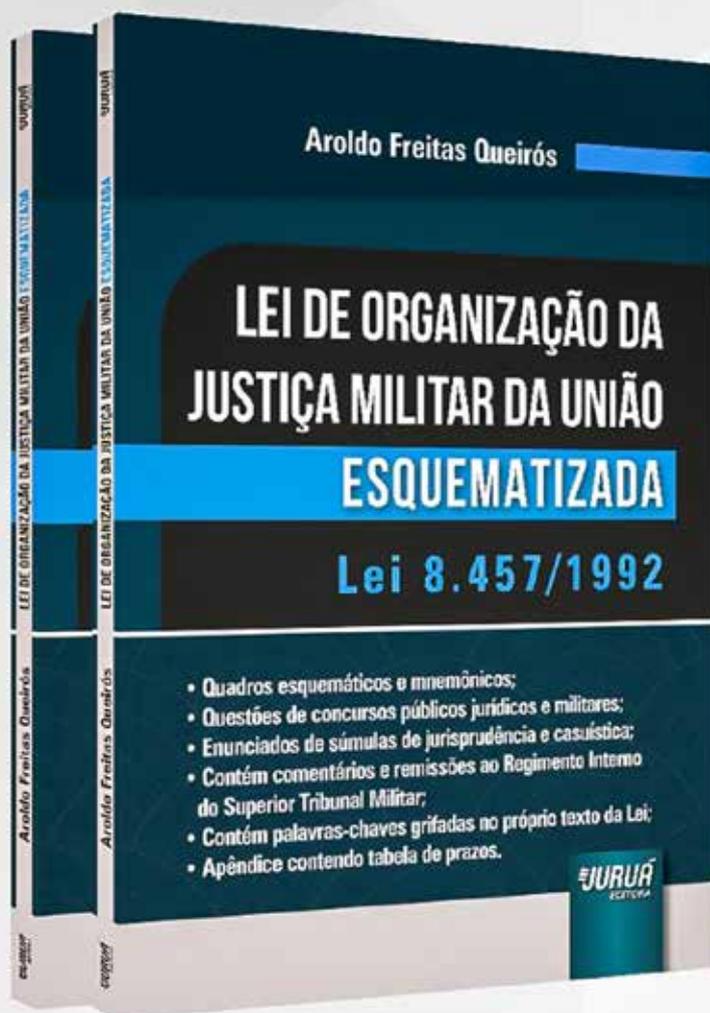
Podemos acrescentar que essas cláusulas de isenção existem tanto no nível do direito dos conflitos armados internacionais como não internacionais. Além disso, ao longo dos últimos quinze anos e particularmente sob o impulso dos tribunais criminais ad hoc, esses dois ramos do direito se uniram e em algumas áreas já se fundiram em uma única lei. Assim, as regras relativas, em particular, aos meios e métodos de guerra, mas também aquelas sobre o tratamento de civis, tal como existem no direito dos conflitos armados internacionais, são transferidas para o direito dos conflitos não internacionais, inclusive com suas cláusulas de isenção. É o caso, por exemplo, do deslocamento forçado de populações civis. Além disso, as convenções mais recentes, que muitas vezes são concluídas sem distinção para qualquer tipo de conflito armado, aplicam-se imediatamente em ambas as situações.

CONCLUSÃO

No passado, os imperativos gerais da guerra tendiam a justificar derrogações gerais e abusivas do direito humanitário. Hoje, a necessidade militar tornou-se uma noção muito restritiva na sua aplicação. A necessidade como fundamento de isenção de uma estipulação do direito dos conflitos armados só pode, portanto, ser invocada em casos excepcionais.

Assim, de motivo geral de isenção, passou a ser motivo de isenção aplicável apenas no âmbito de uma estipulação específica de uma Convenção. Por outro lado, a aplicação da noção de necessidade militar deve ser flexibilizada por considerações elementares de humanidade e de proporcionalidade que são a base do direito dos conflitos armados.

24 O artigo 51, § 5, letra b, explicita: “Ataques que podem causar perda acidental de vidas entre a população civil, ferimentos a civis, danos a bens civis, ou uma combinação de tais perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada”.



- Quadros esquemáticos e mnemônicos;
- Questões de concursos públicos jurídicos e militares;
- Enunciados de súmulas de jurisprudência e casuística;
- Contém comentários e remissões ao Regimento Interno do Superior Tribunal Militar;
- Contém palavras-chaves grifadas no próprio texto da Lei;
- Apêndice contendo tabela de prazos.

JURUA
EDITORA

AROLDO FREITAS
QUEIRÓS
Autor



Adquira no site

www.jurua.com.br

Também em eBook



JURUA
EDITORA



