

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDO E PESQUISA DE DIREITO MILITAR**

REVISTA JURÍDICA MILITAR - BELO HORIZONTE/MG - ANO 2016 Nº 01

ISSN 2448-1580

# TRIBUNA CASTRENSE





# **– TRIBUNA CASTRENSE –**

**Revista do Instituto Brasileiro de Estudo e  
Pesquisa de Direito Militar**

**WWW.INBRADIM.COM.BR**

**BELO HORIZONTE – MINAS GERAIS**

**– TRIBUNA CASTRENSE –**

**Revista do Instituto Brasileiro de Estudo e  
Pesquisa de Direito Militar**

**CONSELHO EDITORAL:**

**Presidente:** Murilo Ferreira dos Santos

**Secretária Executiva:** Thamires Martins Silva

**Diretor de Projetos, Ensino e Pesquisa:** Eder Machado

**Revisora:** Jéssica dos Santos





## EXPEDIENTE

**TRIBUNA CASTRENSE®: publicação semestral do Instituto Brasileiro de Estudo e Pesquisa de Direito Militar.**

Rua Oeste, nº 89 – Bairro: Prado

CEP: 30411-107 – Belo Horizonte/MG

CNPJ: 14.772.041/0001-00

e-mail: revista@inbradim.com.br

[www.inbradim.com.br](http://www.inbradim.com.br) – MINAS GERAIS: 04/ 2016

## **EDITORIAL**

Sejam bem-vindos à primeira edição da nossa **Tribuna Castrense®**, a Revista semestral do INBRADIM.

Aqui, em cada edição, apresentaremos um mundo de notícias e informações, sempre pautado na pesquisa de grandes nomes da ciência jurídica nacional e internacional; bem como, de expoentes dos mais variados âmbitos dos estudos, como filosofia, história e sociologia.

Neste nosso primeiro número, trazemos aos leitores importantes artigos científicos, tendo como destaque uma aula exclusiva à Tribuna Castrense do Professor Jorge Cesar de Assis, grande jurista brasileiro: um dos mais reconhecidos doutrinadores do direito militar do país.

Vale conferir!

## SUMÁRIO

HISTÓRICO DO INBRADIM	6
A NECESSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NAS QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO FORMULADAS COM ERRO	7
PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA MANUTENÇÃO DAS NORMAS OU PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES	9
BREVE HISTÓRICO DA PARTICIPAÇÃO DOS MILITARES NA POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DO PAÍS	12
DIREITO PENAL MILITAR E JUSTIÇA MILITAR	16
DIREITOS HUMANOS: DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO	18
BREVE HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO	25
A PRISÃO EM FLAGRANTE DO MILITAR EM SERVIÇO	28
A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06 EM CASOS QUE ENVOLVEM MILITARES DA ATIVA E A PONDERAÇÃO DE VALORES NA JUSTIÇA MILITAR	31
O REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS NOS CASOS DE INFRAÇÃO PENAL COMUM	38
CASAL DE MILITARES: LEI MARIA DA PENHA E A APLICAÇÃO DE SEUS INSTITUTOS PROTETIVOS AO DIREITO CASTRENSE	50



## HISTÓRICO DO INBRADIM

O Instituto Brasileiro de Estudo e Pesquisa de Direito Militar, também designado pela sigla INBRADIM foi fundado em 28 de outubro de 2011, tendo como Presidente e fundador o Tenente Coronel Murilo Ferreira dos Santos – da Polícia Militar de Minas Gerais.

Atualmente o INBRADIM é um conceituado centro de estudos e de reflexões sobre o Direito Militar e seus sub-ramos, voltado à realização de objetivos que buscavam desenvolver o interesse pelo ensino do direito e a pesquisa jurídica, em geral, estimulando à conquista de conhecimentos e a participação espontânea, de modo cada vez mais intenso, junto à comunidade jurídica brasileira.

O INBRADIM é uma instituição não governamental, sem qualquer ligação político-partidária ou religiosa, de caráter puramente científico, sem fins lucrativos. Os objetivos principais do Instituto são:

- Promover o desenvolvimento, ensino e pesquisa dos diversos ramos dos Direitos da Legislação Brasileira e Internacional;
- Promover o desenvolvimento, ensino e pesquisa do Direito Militar: Penal, Processual, Administrativo, Disciplinar e Previdenciário;
- Promover o desenvolvimento, ensino e pesquisa do Direito Aeronáutico, Marítimo, Espacial e demais ramos do Direito;
- Promover o ensino, pesquisa, extensão, assessoria e qualificação profissional e social;
- Promover, implementar, acompanhar, desenvolver e supervisionar, Cursos, Seminários, Fóruns, Eventos, Congressos e atividades afins de acordo com os objetivos do Instituto.
- Promover ações e políticas sociais de proteção dos interesses individuais, coletivos, sociais e difusos e de proteção as minorias sociais;
- Promover ações e políticas sociais de proteção as crianças, adolescentes, idosos, mulheres, negros, índios, quilombolas, portadores de necessidades especiais, homossexuais, bem como contra todo e qualquer tipo de discriminação, violência ou abandono social;
- Promover ações de afirmação dos diferentes tipos de culturas em função de sua etnia ou origem social;
- Promover políticas de proteção, preservação e conservação de bens, artísticos, culturais, naturais e do patrimônio histórico, valorizando suas características técnicas e históricas;
- Promover ações e políticas sociais voltadas à re-socialização e de re-inserção social e de cidadania das camadas mais necessitadas da população e de detentos e egressos do sistema prisional;
- Promover debates e ações sobre os direitos de detentos e egressos do Sistema Prisional, dos Militares, das Forças Armadas e Auxiliares (Polícias e

Bombeiros);

- Promover pesquisas necessárias ao aprimoramento do trabalho de seus associados;
- Elaborar, executar, acompanhar e gerir programas e projetos voltados para o desenvolvimento das áreas de sua atuação;
- Executar projetos de assessoramento ou consultoria para entidades públicas e privadas;
- Participar de convênios e intercâmbios com associações, grupos ou entidades nacionais ou internacionais, que promovam atividades de: educação, ensino, pesquisa, assistência social, cultural, artística, ambiental e de defesa dos direitos (individuais, coletivos, sociais), inclusive instituições militares.
- Estabelecer parcerias com instituições governamentais ou privadas, visando o cumprimento de objetivos e interesses comuns.

Visando elaborar seus objetivos, o INBRADIM também buscará os seguintes objetivos:

- Estabelecer parcerias com instituições governamentais ou privadas, visando o cumprimento de objetivos e interesses comuns.
- Fomentar a pesquisa e o estudo do direito militar, enquanto ciência jurídica;
- Realizar programas, seminários, palestras, conferências, cursos e eventos científicos, pedagógicos e culturais com a finalidade de propagar o estudo crítico do

direito militar, bem como revelar a importância do conhecimento desta ciência jurídica aos operadores do direito, comunidade acadêmica e à própria sociedade;

- Instituir prêmios e promover concursos de monografia científica ligadas ao direito militar, como forma de difundir a ciência;
- Distinguir com selo de qualidade faculdades de direito, cursos de graduação e pós-graduação, bem como eventos que apresentem qualidade na docência do direito militar, a fim de melhor qualificar o seu estudo;
- Publicar artigos e trabalhos científicos de direito militar, de seus membros ou não, por meios próprios ou por convênios com revistas jurídicas de expressão local, nacional ou internacional;
- Incentivar e dar apoio às atividades pedagógicas e culturais que tenham por finalidade o aprofundamento do conhecimento científico do direito militar;
- Fomentar o intercâmbio e a troca de conhecimento entre cientistas do direito militar, de todas as regiões do país e do estrangeiro, a fim de propiciar o aprimoramento geral da ciência jurídica;
- Divulgar, no Brasil e no exterior, o conhecimento científico de professores, especialistas, mestres, doutores, pós-doutores, e profissionais que laboram com afinco no direito militar.

Estruturado no conceito de ciência e na busca do conhecimento científico, o Instituto Brasileiro de Estudo e Pesquisa de Direito Militar, nestes primeiros anos de existência e atividades reafirma o propósito primordial para o qual foi criado: o de se tornar um centro de excelência no conhecimento do Direito, tanto no Brasil quanto perante a comunidade acadêmica internacional, para tanto, tem como carta de serviços a promoção de estudos e reflexões em sintonia com as principais correntes do pensamento jurídico contemporâneo, oferecendo à comunidade acadêmica uma série de cursos livres, que além de propiciar o conhecimento, abrem oportunidade para validação – aproveitamento – como carga horária complementar de cursos de graduação ou em concursos nas áreas dos temas específicos; além de destacar a publicação bimestral da Revista Eletrônica INBRADIM, periódico com registro no ISSN, que apresenta, além da jurisprudência atualizada, a mais valorosa doutrina do Direito Militar no Brasil. Também faz parte das atuações do Instituto, a realização de seminários quinzenais – na modalidade on-line – onde se apresenta as mais variadas áreas do direito brasileiro e internacional.

## SEJA UM PARCEIRO INBRADIM





## A NECESSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NAS QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO FORMULADAS COM ERRO

EDER MACHADO SILVA\*

Recentemente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 632853, com Repercussão Geral, decidiu que o Poder Judiciário não pode interferir em critérios fixados por banca examinadora de concursos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, o Judiciário não pode realizar o controle jurisdicional no mérito de questões de concurso público. Na decisão, houve destaque, também, à reserva da administração, o que impede ao Judiciário a substituição das bancas examinadoras de concursos, por ser um espaço que não é suscetível de controle externo. O enunciado, que deve ser adotado em casos similares: *“Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Judiciário”*.

Cabe razão aos ministros daquela Casa judiciária, realmente a jurisprudência formada pelos tribunais brasileiros como um todo, sempre foi na direção de se afastar da responsabilidade em discutir questões óbvias... Pode-se, inicialmente, sugerir que os nossos juízes deram a gerentes e responsáveis por bancas examinadoras o título de semideuses, pois não cometem erros, ou se cometem não cabe ao judiciário

julgá-los.

Veja porém que, apenas inicialmente se pode ter tal ideia. No entender dos ministros, a história jurisprudencial brasileira, permite apenas que se verifique se o conteúdo das questões corresponde ao previsto no edital, sem entrar em qualquer questão que vislumbre questão de mérito, a não ser nos casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

**As provas objetivas:** nas provas chamadas objetivas, confeccionadas geralmente pelo método de múltipla escolha, pede-se que o candidato assinale a resposta certa ou a resposta errada. O certo ou o errado será aferido pelo confronto da resposta com o estado atual das ciências, da técnica ou das artes, conforme a área de conhecimento em que tais provas se situam. O gabarito oficial deverá espelhar com fidelidade essa situação, indicando como alternativa certa a que assim for considerada pela atualidade dos estudos técnicos e científicos sobre o tema em análise. Se a resposta em conformidade com o gabarito oficial é a considerada certa, a que a ele não se ajustar é tida como errada. É tudo ou

nada; não há qualquer espaço para avaliação das respostas por critérios subjetivos, não sendo também necessário comparar as provas entre si. A comparação é apenas com o gabarito.

Com tais considerações surge um questionamento óbvio: estando a resposta de uma questão, em avaliação de um determinado concurso, reconhecida pela banca examinadora como certa, apontando direção completamente diversa ao que determina a ciência técnica específica como correto, não estaria tal entendimento administrativo eivado de ilegalidade?

No entendimento inicial provavelmente: não! Essa não é uma ilegalidade passível de correção pelo judiciário, já que, sua competência deve se limitar ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedada a análise dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da Administração Pública.

Ora, vejam, porém que o entendimento de legalidade é amplo e aponta para um prisma de análise mais complexo... Aceitar o raciocínio apenas de maneira abstrata é aceitar que um questionamento de concurso, no qual se pede o resultado da soma de dois mais dois [2 + 2], que, dentro da ótica matemática (lógica matemática), qualquer resultado diferente de quatro, por lógica, estará errado, esteja correto. Observe que, mesmo que a Banca Examinadora, do exemplo citado, aponte como resposta verdadeira o número cinco, este nunca será um resultado correto. Tal resultado, mesmo que afirmado pela seara administrativa, será ilegal e imoral.

Neste tema, outro não pode ser o entendimento que, uma das atribuições do princípio da legalidade é justamente estabelecer paradigmas para que se realize o controle e a avaliação do funcionamento dos chamados “aparatos de poder”, desse modo: as ações administrativas, inclusive de bancas examinadoras de concursos, só têm, e gozam, de legitimidade quando estão em consonância com o estabelecido pelas regras legais.

Instruir um ato decisório com respaldo de uma imaginada discricionariedade administrativa, e nessa senda, resvalar-se ao entendimento que trata-se de um campo ao qual jamais se permitiu que o Poder Judiciário tivesse acesso, pois, do contrário, restaria violado o princípio da separação das funções do Estado, na ótica legalista não é a mais aceitável, estando ferindo a observância dos princípios constitucionais.

**Visão Constitucional:** por mais óbvio que seja, há certa resistência no judiciário em acatar a diplomação contida nos incisos XXXIV e XXXV, do artigo 5º – CF; em tais itens, se resume o ordenamento que ao cidadão, enquanto candidato de um concurso, discordando de uma resposta apontada como correta pela banca examinadora, tem o direito de levar ao Poder Judiciário sua indignação, seu pleito. Por outro lado, ao judiciário cabe a apreciação da suposta lesão ao direito, e esta, estando demonstrada, cabe ainda desconstituir a decisão administrativa.

Com tais considerações, pode-se observar que, mesmo na teoria tradicional, é aceito o controle da existência e adequação dos motivos,

em relação ao objeto (conteúdo) do ato, matéria que, para esse fim, é transportada para o campo da legalidade.

**A Legalidade:** visto pelo âmbito da legalidade, então, os atos administrativos estão, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade. A autoridade julgadora não deverá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, estando sujeito a anulação. O conceito de razoabilidade, pela valoração que envolve, não evita uma zona de penumbra – ponto de transição –, fenômeno que, ultrapassado o racionalismo, tornou-se típico das instituições jurídicas; assim, em caso de dúvida – e somente assim – sobre se um ato comporta-se, ou não, dentro de fronteiras razoáveis, deve o juiz optar pela sua confirmação.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, sustenta a inexistência de margem de apreciação no tocante às questões de exame de natureza técnica ou científica e a existência dessa margem ou “*área de apreciação*”, quando se cogitar de exame, por exemplo, cuja avaliação não dispense a análise das provas de todos os demais candidatos. É o que sucede nas provas de natureza dissertativa.

A aplicação da legalidade tem como objetivo subordinar tanto o processo administrativo, quanto o procedimento que vise à organização do concurso aos ditames da lei, tendo, como escopo coibir arbitrariedades e excessos. Os próprios tribunais superiores já substanciaram jurisprudência sobre tal tema, ressaltando que, a legitimidade de um processo administrativo – Concurso Público – está ligada à garantia de sua legalidade (TJMG – 10024121792360003).

Segundo Hely Lopes Meirelles o administrador não tem vontade própria e por isso, só lhe é permitido fazer o que é autorizado por lei. Na verdade ao decidir sobre uma ilegalidade contida em questão de concurso, o Poder Judiciário não está, de forma alguma, substituindo a banca examinadora. Ora, está sim, respondendo a um claro afrontamento aos princípios maiores da Constituição Federal, qual seja: a legalidade e a moralidade; isso porque,

o reexame dos critérios empregados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concurso público é admissível – e dentro da legalidade que impõe ao judiciário um posicionamento – em algumas situações limítrofes, como, por exemplo: se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital; se a questão revelar-se absolutamente teratológica – contrária à lógica da ciência em análise – em cotejo à resposta constante do gabarito oficial; se a questão objetiva – do tipo: múltipla escolha – apresenta duas, ou mais opções de resposta como corretas; estando o edital, determinando apenas uma.

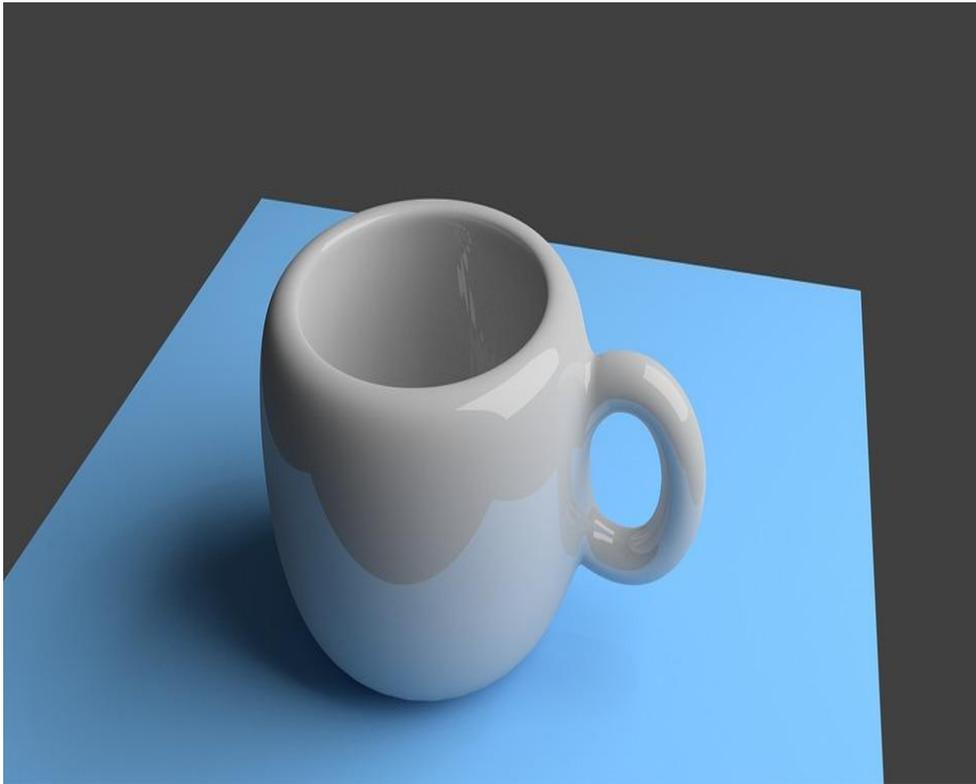
**Considerações Finais:** por fim, é importante destacar que, em matéria científica, técnica ou artística, não pode a banca examinadora reputar como certa resposta insustentável à luz da técnica ou da ciência ou, inversamente, considerar como errada posicionamento que, por aqueles padrões, é correta. Neste particular, o controle jurisdicional é, em princípio, total e irrestrito, só podendo ser limitado pelo próprio órgão julgador caso conclua que os elementos constantes do processo não lhe permitem afirmar que a solução tida como correta pela banca ou comissão examinadora é errada, ou vice-versa.

Com tais considerações, cabe sim ao juiz ou tribunal reparar erro de banca examinadora, e decidir se a resposta dada a uma questão foi ou não correta, ou se determinada questão poderia ter mais de uma resposta dentre as oferecidas à escolha do candidato, desde que, a resposta dada como correta pela administração esteja claramente em divergência à ciência em estudo, ou ainda, que duas, ou mais, opções concretizem o que foi definitivamente pedido ao candidato; tal assertiva não vai contra o posicionamento do STF, e a sua Repercussão Geral.

---

— **MACHADO, Eder.** Bacharel em direito e em filosofia – com especialização em processo civil e direito militar. Mestrando em Direito – Pela Universidad Europea del Atlántico – Santander/Espanha. Autor de livros jurídicos e artigos em revistas e sites especializados. Membro titular da Academia de Letras de Teófilo Otoni/MG.

## PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA MANUTENÇÃO DAS NORMAS OU PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES



c) segurança da aplicação da lei penal militar;

d) periculosidade do indiciado ou acusado;

e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado (BRASIL, 1969)

Dentre os fundamentos previstos pelo artigo, os dois últimos são exclusivos da Justiça Militar. A enumeração legal dos fundamentos que justificam a imposição da custódia cautelar é taxativa, de modo que, fora dessas hipóteses, não há como se decretar a prisão preventiva do indiciado ou réu.

Quando desaparecem as razões da decretação, a prisão preventiva deverá ser revogada. No entanto, se surgir novamente o mesmo fundamento ou um novo fundamento se fizer presente, o juiz ou o Conselho de Justiça decretará a prisão preventiva do indiciado ou acusado.

A prisão antes da condenação transitada em julgado possui natureza cautelar e somente se justifica quando satisfeitos os requisitos gerais das medidas cautelares, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A Constituição da República, no inciso LVII do artigo 5º, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Este dispositivo deixa claro que a intervenção punitiva somente estará autorizada após a definitiva consideração de culpa. A norma constitucional exige o trânsito em julgado da condenação para a aplicação da pena. A garantia significa que todo acusado tem direito a um efetivo julgamento e, somente se for definitivamente considerado culpado, poderá sofrer a pena. Tal garantia faz com que a prisão cautelar constitua exceção em nosso ordenamento

FÁBIO MARINHO DOS SANTOS

A prisão preventiva é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É cabível na justiça comum e na justiça militar.

Diz o artigo 254 do Código de Processo Penal Militar que:

A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes:

- a) prova do fato delituoso;
- b) indícios suficientes de autoria.(BRASIL,1969)

Com a Emenda Constitucional 45/2004, os juízes-audidores receberam a denominação de juízes de direito do juízo militar e competência para processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis. Ainda em razão da Emenda Constitucional 45/2004, o Conselho de Justiça só poderá decretar a prisão preventiva de militares por crime militar que não sejam praticados contra civil.

Os pressupostos da prisão preventiva são: primeiro, a prova da existência do crime que é a demonstração irrefutável da ocorrência do crime, no inquérito ou no processo; e, segundo pressuposto, são os indícios de autoria, quando requer apenas uma mera probabilidade de quem seja o autor.

Diz o artigo 255 do Código de Processo Penal Militar que:

A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:

- a) garantia da ordem pública;
- b) conveniência da instrução criminal;

jurídico, somente admitida em casos de comprovada necessidade.

Analisando o fundamento da prisão preventiva motivada pelos princípios de hierarquia e disciplina, previsto no artigo 255, "e" do Código de Processo Penal Militar, a partir do texto constitucional, conclui-se pela sua recepção. Não merece acolhida qualquer sustentação de ilegalidade por inconstitucionalidade uma vez que a Constituição da República, na preservação das organizações militares, tratou os militares de forma diferenciada em vários dispositivos.

A recepção pela Constituição repousa na razão do mesmo dispositivo constitucional que autoriza a prisão do agente que comete crime propriamente militar independentemente de flagrante. Visando proteger os princípios de hierarquia e disciplina o texto constitucional estabeleceu medida de exceção quando tratou da prisão dos crimes propriamente militares. Diz o inciso LXI da Constituição da República que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Justifica também a recepção o § 2º do artigo 142 da Constituição que impediu a utilização do *habeas corpus* em relação a sanções disciplinares militares. A justificativa para a vedação do remédio constitucional em relação a sanções disciplinares é a necessidade de preservar os princípios da hierarquia e da disciplina.

Como se vê, a Constituição da República, com vistas a proteger os princípios de hierarquia e disciplina, estabeleceu um elenco de sanções de naturezas diversas para os militares nos âmbitos penal, processual e administrativo.

A hipótese de prisão preventiva fundada na exigência da manutenção das normas e princípios de hierarquia e disciplina militares não é de prisão preventiva obrigatória. O próprio

dispositivo esclarece que a prisão preventiva terá lugar quando os princípios de hierarquia e disciplina ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

A decretação da prisão cautelar não implica em antecipação de condenação, mas em sacrifício juridicamente imposto em benefício de valor mais relevante. O interesse de proteção da liberdade individual deve ceder face ao interesse maior de preservação das normas e dos princípios da hierarquia e disciplina militares.

A análise do caso concreto, tendo-se em mira a pessoa do agente do delito, sua maior ou menor influência no seio da tropa, sua conduta como superior ou inferior a atingir ou prejudicar a rotina das organizações militares, e a própria natureza do crime, é que serão considerados para que se justifique a decretação da medida cautelar privativa da liberdade.

A constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada pelos princípios de hierarquia e disciplina não foi discutida em ação específica no Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, no julgamento de alguns *habeas corpus*, o STF analisou o instituto, em razão das ações propostas.

Decidiu o STF que só se justifica a prisão preventiva motivada por hierarquia e disciplina militares quando tais princípios ficarem ameaçados ou atingidos, com a liberdade do indiciado ou acusado, verificando no caso concreto, a imprescindibilidade da medida extrema alicerçada em provas concludentes para a sua adoção.

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Custódia cautelar. Art. 255, alínea e, do Código de Processo Penal Militar, que prevê como causa para prisão preventiva a "exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado". 3. Falta de comprovação de que esteja o paciente aliciando testemunhas, peitando peritos

e encarregado do inquérito a que responde. 4. Também não motiva a custódia o fato de usar recursos, tidos por protelatórios, no interesse de sua defesa. 5. Habeas corpus deferido para cassar o decreto de prisão preventiva do paciente, que prosseguirá respondendo o processo em liberdade, se por al não houver de ser preso.

STF, HC 81026, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 06-09-2001. No julgamento do HC 84983, o relator Ministro Gilmar Mendes, em seu voto argumentou que: Desse modo, a custódia cautelar do acusado, com base na sentença condenatória recorrível, é medida necessária e que encontra fundamento não somente nos maus antecedentes de que o réu é portador, mas também na sua personalidade voltada para o crime, a qual no caso concreto implementa as quatro circunstâncias da prisão preventiva, ou seja: a) garantia da ordem pública; b) periculosidade do acusado; c) segurança da aplicação da lei penal militar e, por final, d) **a exigência da manutenção das normas e princípios de hierarquia e disciplina militares**, ficando cassado assim o seu direito de apelar em liberdade, isso nos termos do artigo 527, c.c. os artigos 254 e 255, alíneas 'a', 'c', 'd' e 'e' ambas do Código de Processo Penal Militar.

STF, HC 84983, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, DJ 11-03-2005. Também no Superior Tribunal Militar (STM) o assunto foi discutido em alguns acórdãos, tendo a corte decidido ser possível a decretação da prisão preventiva desde que a liberdade do indiciado ou acusado esteja ameaçando ou atingindo os princípios de hierarquia e disciplina. Nesse sentido:

EMENTA. VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR. Neste tipo de infração penal é muito mais atingida a Instituição, cujos esteios fundamentais - a hierarquia e a disciplina - são, diretamente, vilipendiados, repercutindo no seio da sociedade militar. Crime como este ganha intenso colorido e denota um profundo desajuste de quem o pratica ao meio social, razão por que da severidade da Lei Processual Penal

Militar em não permitir-lhe livrar-se solto. Inteligência do art. 270, parágrafo único, b, do CPPM, merecendo o agente o tratamento preconizado no art. 255, e, da Lei dos Ritos Penais Castrenses. Correição Parcial deferida para, cassando-se a concessão da liberdade provisória, determinar-se o restabelecimento da prisão do Acusado, com a expedição do competente mandado pelo Juiz da Instrução Criminal. Decisão majoritária. STM, AC 1999.01.001654-9, Relator(a): Min. JOSÉ SAMPAIO MAIA.

EMENTA: Habeas Corpus. Alegado excesso de prazo para formação da culpa. - Militar preso em flagrante. Decretação de prisão preventiva, com fulcro na alínea "e", do art. 255 do CPPM. Concessão de menagem. - Processo em fase de diligências. Ultrapassada a fase da instrução criminal não há que se falar em excesso de prazo. - Conduta de natureza grave praticada pelo Paciente de forma a

justificar a manutenção da custódia. Liberdade do Paciente certamente afeta a disciplina e a hierarquia no quartel. - Ordem denegada por falta de amparo legal. - Decisão unânime. STM, HC 2003.01.033840-3, Relator(a): Min. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES.

Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva motivada por hierarquia e disciplina, prevista no artigo 255, "e" do Código de Processo Penal Militar, foi recepcionada pela Constituição. O texto constitucional dispensou um tratamento diferenciado aos militares em razão das peculiaridades de sua missão. Deve o juiz ou o Conselho decidir pela prisão ou sua manutenção, sempre que esta privação cautelar da liberdade for indispensável para garantia da hierarquia e disciplina militares.

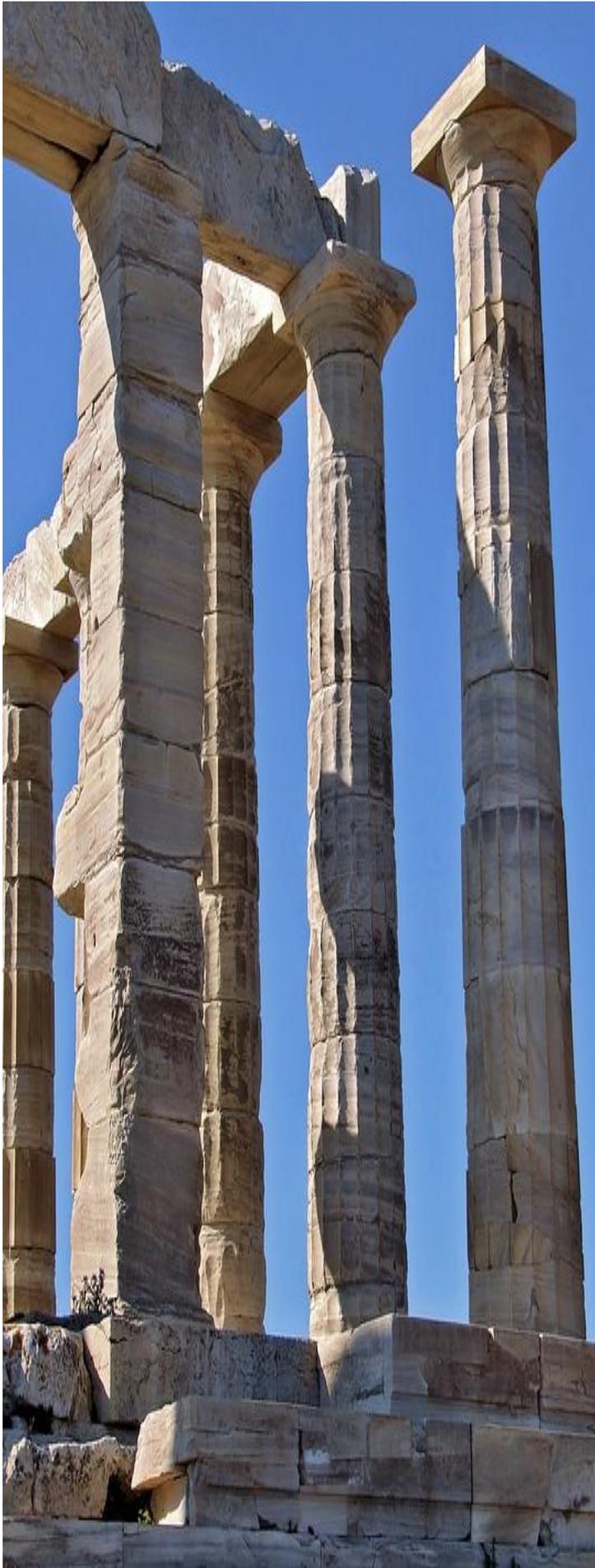
O rigor da hierarquia e disciplina militares não deve afastar a efetiva aplicação dos preceitos constitucionais.

A prisão cautelar, como qualquer outro dispositivo legal que impõe uma restrição ou privação aos direitos e garantias individuais, deve ser interpretado de forma restrita.

O entendimento dominante nos tribunais é que além da liberdade do acusado ou indiciado ameaçar as normas e os princípios de hierarquia e disciplina militares, só haverá necessidade da custódia cautelar quando, verificando o caso concreto, houver provas concludentes da necessidade da medida.

\_\_\_ **MARINHO DOS SANTOS, Fábio.** Major da PMMG. Professor de Direito Penal na UNIPAC – Teófilo Otoni/MG. Mestre em Direito





## BREVE HISTÓRICO DA PARTICIPAÇÃO DOS MILITARES NA POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DO PAÍS

THAMIRES MARTINS SILVA

No Brasil, o Governo dos Militares, popularmente conhecida como Ditadura Militar, perdurou por 21 anos, entre 1964-1985 e teve grandes etapas.

O regime militar como também é conhecido, representa um marco na história política do Brasil. Não por somente ser o “golpe” como é conhecido, mas sim uma intervenção, com a permanência dos militares com grandes transformações político-administrativas. Estabeleceram-se na política brasileira em um momento em que o país estava imerso em graves crises. A instauração do regime provocou de fato uma grande mudança também na função dos militares, que de combatentes da desordem, com operações específicas e objetivas, passaram a agentes políticos, literalmente um movimento institucional militar.

Acerca da legitimação do regime, Vasconcelos (2010) afirma que: Efetivada a vitória da intervenção armada e conquistado o Estado brasileiro, em abril de 1964, a preocupação passou a ser a constituição de um novo governo. A frente civil-militar que depôs o presidente João Goulart não era homogênea e, uma vez no poder, dividiu-se em face de questões cruciais relativas ao estabelecimento da nova ordem. A afirmação da natureza democrática do regime era, certamente, um dos principais divisores entre as correntes militares que passaram a disputar a primazia na condução do novo regime (VASCONCELOS, 2013).

Assim sendo, os militares assumiram o poder com articulações bem sucedidas e com o apoio de líderes políticos, a partir de então aprovando o primeiro ato institucional o AI-1 onde estabelecia ações preliminares para que o mandato de João Goulart fosse finalizado por um presidente militar, dentre outras decisões dando início à primeira etapa do período com o governo do Marechal Castelo Branco (1964-1967), considerado um governo moderado por vários historiadores.

O passo seguinte foi o AI-2, ato institucional do novo governo instalado que estabeleceu eleições indiretas para presidente, dentre outras ações políticas, destacando-se, por exemplo, a guinada na política externa brasileira.

Ainda sobre o governo “castelista”, Claudio Beserra de Vasconcelos citando Kinzo, diz: Castelo Branco, o primeiro general-presidente, parecia estar bastante determinado a caminhar nessa direção, ao tentar manter seu governo dentro da antiga ordem constitucional, e ao reformar amplamente a constituição de forma a adaptá-la aos “ideais da Revolução” e a garantir sua continuidade após seu governo. Diversos atos de Castelo Branco revelam, em sua ambivalência, uma intenção de instituir este sistema político

"protegido" (*Apud* KINZO, 1988, p.219).

Em síntese, quanto à política externa, foi no governo de Castelo Branco em que a estratégia governamental previa uma política de maior aproximação e fortalecimento dos laços diplomáticos, numa visão política sempre voltada para segurança em primeiro lugar. Essa atenção diplomática era voltada para países vizinhos como Bolívia e o Paraguai, sendo com este último uma relação mais propícia.

Também foram restabelecidas as relações diplomáticas norte-americanas, após rompimento das relações com Cuba. Lyndon Johnson, presidente norte-americano, já mantinha o presidente Castelo Branco informado sobre a Guerra do Vietnã, pois tinha interesse em reforço para concluir a guerra. Foi quando, em dezembro de 1965, Johnson sugeriu então que o Brasil enviasse efetivos militares para combater no Vietnã. "Certamente para manter-se coerente com as prioridades de defesa do Brasil, estabelecidas pelos estrategistas da ESG, "Castelo jamais admitiu a hipótese, limitando se à remessa de provisões para a população sul-vietnamita" (*Apud* FILHO, op. cit., p.443), conforme Gonçalves e Miyamoto citando Filho.

Diante disso, confirma-se a busca pela segurança e adequadas relações diplomáticas durante o governo de Castelo Branco bem como sua determinação na reforma constitucional durante sua administração.

Dando continuidade à política de diplomacia de Castelo Branco, no entanto neste ponto mais flexível, assume o governo o marechal Artur da Costa e Silva. Porém diante de agitação oposicionista, precisamente o movimento estudantil, para manter a ordem social e política Costa e Silva decretou o famoso Ato Institucional, o AI-5 que fechava o legislativo e estabelecia a intervenção do governo nos estados e municípios, legitimando mais uma vez o governo militar.

No que diz respeito à política externa, os autores citam que os oficiais brasileiros notavam que as incoerências ideológicas entre as duas superpotências, EUA e União Soviética, perturbavam cada vez menos suas relações. Daí, o presidente Costa e Silva apresentou a orientação que pretendia imprimir à política externa do país, chamada por ele próprio de "diplomacia da prosperidade" (GONÇALVES; MIYAMOTO, 1993).

Diferentemente do governo anterior a prioridade passou a ser o desenvolvimento, a segurança passou a ser produto do desenvolvimento, a conduta diplomática brasileira era constituída pela busca da afirmação da soberania e pela promoção do desenvolvimento, síntese das duas grandes prioridades aqui citadas.

De acordo com Gonçalves e Miyamoto (1993), não agradava ao governo dos Estados Unidos a desinibição com que o chanceler Magalhães Pinto afirmava a necessidade de o Brasil perseguir mais resoluta e autonomamente o desenvolvimento econômico e tecnológico, sobretudo no sensível setor da tecnologia nuclear.

Resultado disso foi o aumento de discordância envolvendo os respectivos interesses nacionais que terminava em bloqueios na comercialização dos produtos brasileiros, para os EUA era uma maneira de reprimir os países que demonstravam certa independência.

Devido a uma crise político-ideológica que estava passando o governo Costa e Silva e questões de seu estado de saúde abalada, Costa e Silva foi substituído por Garrastazu Médici, por sua vez, com a proposta da diplomacia do interesse nacional, alterando a maneira de conduzir a política externa do país. Começou seu mandato elevando índices de crescimento do PIB, por isso ficou conhecido como "milagre econômico" ou "milagre brasileiro". Neste período, a política no plano internacional visava novos mercados, segundo Gonçalves e

Miyamoto: As tarefas prioritárias da diplomacia consistiram em negociar a abertura de novos mercados para a produção nacional e aproximar-se mais dos países fornecedores de tecnologia e de matérias-primas indispensáveis para o funcionamento do parque industrial brasileiro. Datam deste período a instalação das embaixadas no Iraque, Kuwait, Arábia Saudita e Líbia, países que se haviam tornado extremamente relevantes para nossas relações exteriores em virtude das elevadas quantidades de petróleo que deles importávamos, trocados por produtos como açúcar, café e manufaturados em geral (GONÇALVES e MIYAMOTO, 1993, p. 227).

Paralelamente a isso, com Médici as relações com os EUA estavam cada vez mais estreitas, isso desde o governo anterior, iniciado com a recusa da assinatura do Tratado de Não-Proliferação Nuclear – TNP e com o bloqueio posto pelos EUA na comercialização de produtos brasileiros, como argumentam Gonçalves e Miyamoto: Tornava-se cada vez mais visível que o nacionalismo dos militares brasileiros, ao buscar patamares mais elevados de desenvolvimento e independência, tendia a deslocar o padrão de relacionamento entre Brasil e Estados Unidos para bases mais realistas e competitivas (GONÇALVES e MIYAMOTO, 1993, p. 229).

A sucessão de Médici ocorreu nas circunstâncias da ameaça externa e interna que ele enfrentava. O desenvolvimento econômico acelerado implicou muito no sistema internacional. Sendo assim, assume então o presidente Ernesto Geisel. Podemos assim dizer que o presidente Geisel tomou posse com a promessa do retorno da democracia.

O quadro encontrado por Geisel no final do governo Médici já era o fim do "milagre econômico" e início do aumento da inflação, em razão da crise mundial do petróleo, o choque do petróleo não só aumentou o preço do petróleo e derivados como também de

matérias-primas. Sobre a atitude de Geisel diante dessa crise, nas palavras de Maria D'Alva G. Kinzo: Em vez de optar pela contração econômica, como aconteceu na maioria dos países afetados pela crise, o governo Geisel implementou uma política de expansão econômica através do aprofundamento do modelo de substituição de importações, em detrimento dos conseqüentes desequilíbrios internos e externos. Assim, um ambicioso programa de substituição de importações nos setores de matéria-prima e bens de capital foi implantado, envolvendo investimento estatal significativo nos setores de energia e infra-estrutura às custas de grandes empréstimos estrangeiros (KINZO, 2001).

Seu governo foi muito agitado politicamente e também havia conflitos internos na instituição militar. Além do problema da crise mundial, fatores como resultados das eleições parlamentares, manifestações estudantis, morte de um jornalista e de um trabalhador metalúrgico influenciaram na tomada de decisões como o pacote de abril, reformas políticas liberais, e por fim a revogação do AI-5 no final do seu mandato foram as habilidades que o Geisel encontrou como forma de manter controle. Segundo Maria D'Alva G. Kinzo foi precisa ao explicar essa situação que para ela, os três fatores apontados - o processo eleitoral, o conflito interno dentro das forças armadas e a emergência de sérios problemas econômicos - concorreram para fortalecer aquele padrão controlado e gradual que caracterizou a transição democrática no Brasil (KINZO, 2001).

Em 1979, inicia-se o governo Figueiredo, destinado a ser o último governo militar - de 1979-1985. Marcado por fortes pressões, da sociedade civil, que exigiam estado de direito, anistia política, justiça social e a convocação de uma Assembléia Constituinte. A respeito disso, Kinzo (2001) destaca, o Congresso aprovou a anistia, que, embora limitada, permitiu a reintegração à vida pública de políticos exilados e de ativistas de esquerda

punidos pelo regime militar. Uma nova lei partidária pôs fim ao bipartidarismo compulsório criado em 1966, levando à criação de novos partidos.

O novo governo não propôs nenhuma mudança de curso da política externa. Gonçalves e Miyamoto cita Camargo que explica: "o que houve, talvez, foi uma mudança de estilo - uma diplomacia menos secreta e com um diálogo mais aberto com o Congresso Nacional" (*Apud* Camargo, 1988, p.125).

No que diz respeito à estratégia de mudança de estilo na política externa brasileira neste período de crise, agitação política, abertura à democracia dando fim aos governos militares, Gonçalves e Miyamoto explicam: Segundo o chanceler Saraiva Guerreiro, a linha básica da política externa sob seu comando seria o universalismo, complementado pela dignidade e pela boa convivência. Por universalismo entendia se a adaptação da política externa brasileira à irrefreável tendência à mundialização do sistema internacional. Tal adaptação era vista como necessária e premente, em virtude do singular perfil do Estado brasileiro, em que a ambivalência constitui o traço mais destacável. Ou seja, enquanto de um lado integra o Terceiro Mundo, de outro insere-se no Ocidente desenvolvido; neste último, por compartilhar seus valores e aspirações. Essa bifacética identidade não comportaria, portanto, exclusão nem de um nem de outro lado; determinava, pelo contrário, um diálogo permanente e universalizante que refletisse a posição do Brasil como nação-síntese e elo de ligação desses dois complexos culturais (GONÇALVES e MIYAMOTO, 1993, p. 237).

Neste sentido, enquanto se buscava o universalismo, a boa convivência no campo externo, conforme entendimento da autora Maria D'Alva G. Kinzo, que diz: O curso desta política não foi revertida durante os primeiros anos da administração Figueiredo, o que significava que, enquanto a economia expandia, as contas externas e a inflação continuavam a crescer. O

agravamento dos problemas externos obrigou a equipe econômica de Figueiredo a mudar radicalmente a política econômica. Uma tentativa de reajuste econômico foi pela primeira vez implementada, gerando uma queda brusca na atividade econômica e aumentando o desemprego (KINZO, 2001).

Enfim, o governo de Figueiredo, foi absolutamente marcado pelo processo de liberalização, foi aprovado a Lei da Anistia, houve a criação de novos partidos, demais reformas e não menos importante acontecimento, em 1983 a sociedade participou massivamente do movimento das Diretas-já. Porém, importante destacar que, o processo de abertura política foi também uma estratégia do governo militar.

De acordo com Maria D'Alva G. Kinzo (2001) essa estratégia de liberalização manteria a transição sob controle, pois se tratava de garantir que o próximo presidente fosse eleito via Colégio Eleitoral, e para tanto foram alteradas as regras eleitorais e mesmo a composição do Colégio Eleitoral, de forma a reduzir as chances de a oposição obter a maioria. Assim sendo, o governo militar teve importantes ganhos, assegurando sua maioria no Colégio Eleitoral que elegeria o próximo presidente. Quanto à oposição para Kinzo (2001) "também a oposição obteve avanços significativos, particularmente o PMDB, que elegeu os governadores e senadores de nove Estados e conquistou 200 cadeiras na Câmara dos Deputados".

Assim sendo, o governo dos militares foi marcado por grandes mudanças na sociedade brasileira, interna e externamente, bem como uma significativa mudança em suas funções enquanto militares e estrategistas políticos. Grandes avanços na segurança, na educação e principalmente na política externa foram de grande importância para o país, passados por período de desenvolvimento econômico acelerado, enfrentamento de crises dentre outros problemas que foram bem administrados e representados por

grandes militares na história do nosso país.

#### Referências:

GONÇALVES, Williams da Silva; MIYAMOTO, Shiguenoli. Os Militares na política externa brasileira: 1964-1985. Revista de Estudos Históricos, vol.6, n.12, p.211-246, 1993. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1964>

KINZO, MARIA D'ALVA G. A democratização brasileira: um balanço

do processo político desde a transição. São Paulo Perspec. [online]. 2001, vol.15, n.4, pp. 3-12. ISSN 1806-9452. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400002>

VASCONCELOS, Cláudio Beserra de. Os militares e a legitimidade do regime ditatorial (1964-1968): a preservação do Legislativo. Varia hist. [online]. 2013, vol.29, n.49, pp. 333-358. ISSN 0104-8775. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-87752013000100015>

— **MARTINS SILVA, Thamires.** Graduada em História pela Universidade de Montes Claros, pós-graduada em História do Brasil, especialista em História Militar. Mestranda em Recursos Humanos e Gestão do Conhecimento – Pela Universidad Europea del Atlántico – Santander/Espanha.

O **INBRADIM** – Instituto Brasileiro de Estudo e Pesquisa de Direito Militar – oferece cursos de **PÓS-GRADUAÇÃO** com temas jurídicos e áreas de apoio e mais... **CURSOS LIVRES** ideais para capacitação, aperfeiçoamento e desenvolvimento das habilidades e como **Horas Extracurriculares** (para Universidade/Escolas).  
Estude de forma simples e objetiva!

**NOVO!**

Curso de Direito Administrativo Disciplinar Policial Militar

**NOVO!**

História Militar

**E muitos mais...**

Temos o curso que você precisa!

Confira mais cursos em nosso site:

[www.inbradim.com.br](http://www.inbradim.com.br)

**MATRÍCULAS  
ABERTAS**





## DIREITO PENAL MILITAR E JUSTIÇA MILITAR

MURILO FERREIRA DOS SANTOS

Através de relatos históricos, deduz-se que alguns povos civilizados da Antigüidade, como Índia, Atenas, Pérsia, Macedônia e Cartago, conheciam a existência de certos delitos militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares, fato este que ocorria especialmente em tempo de guerra (HERRERA, 1974, p.28).

Contudo, foi em Roma que o Direito Penal Militar começou a tomar vida e rumos próprios, firmando-se como uma instituição jurídica independente. Desta forma, a evolução histórica da justiça militar pode ser dividida em quatro fases, como expõe Gusmão (1915, p.223):

a) Primeira fase, época dos Reis, em que os soberanos concentravam em

suas mãos todos os poderes, inclusive o de julgar.

b) Segunda fase, em que a justiça militar era exercida pelos Cônsules, como poderes de *imperium majus*. Abaixo dele, havia o Tribuno Militar, que possuía o chamado *imperium militae*, que simbolizava a dupla reunião da justiça e do comando.

c) Terceira fase, época de Augusto, em que a justiça militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla.

d) Quarta fase, época de Constantino, em que foi instituído o *Consilium*, com a função de assistir o juiz militar. Sua opinião era apenas consultiva.

Segundo Ferolla (*apud* DALVAS, 2006, p.40), “[...] os Tribunais Militares foram

instituídos como forma de aplicação da justiça durante o Império Romano.” Retrata ainda que: [...] com suas legiões, avançando e definindo novas fronteiras para o império, surgiu a necessidade de se expandir a ação do Pretor, sediado em Roma, e, portanto, incapaz de atender às demandas surgidas nas respectivas regiões, particularmente nos acampamentos militares. Tais acampamentos eram designados como “Castro” e, por isso, a caracterização como Justiça Castrense; ou seja, aquela que se fazia presente nos referidos acampamentos (FEROLLA *apud* DALVAS, 2006, P.40).

Percebe-se que a nomenclatura “castrense” é amplamente utilizada até os dias de hoje, sendo empregada ao se referir aos órgãos componentes da Justiça Militar.

Com relação ao Direito Criminal no Exército Romano, relata Araújo (1898, p.3): Para as faltas graves da disciplina, diz Dalloz, o tribuno convocava o conselho de guerra, julgava o delinqüente e o condenava a bastonadas. Esta pena era infligida com tal rigor que acarretava a perda da vida. O estigma da infâmia estava ligado a certos crimes e aos atos de covardia. Quando a falta disciplinar grave era de uma centúria, por exemplo, o tribuno formava o corpo e fazendo tirar a sorte um certo número dentre os soldados culpados, os fazia bastonar até matá-los.

O uso de castigos físicos, como sanção, ainda foi inserido no Direito Militar através do artigo 184 do Regulamento Disciplinar de 20 de fevereiro de 1708, deixando claro os aspectos desumanos que imperavam na época.

O castigo corporal aos militares só foi abolido, no Exército, pela lei 2 556, de 26 de setembro de 1874, e, na Armada, pelo Decreto 3, de 16 de novembro de 1889.

Nota-se que a organização militar iniciou uma modificação circunstancial em seu direito, fato este que coincidiu com as conquistas do Império Romano, que estendeu seu domínio sobre vários povos e territórios longínquos.

É inquestionável que as origens históricas do Direito Criminal Militar, como de qualquer outro ramo do direito, têm suas raízes firmadas através dos romanos. A política romana foi sempre dominar, antes de tudo, os povos pela força das armas e, depois, consolidar a conquista pela justiça das leis e a sabedoria das suas instituições. Assim, os romanos serviram de guia aos povos modernos, isto é, na legislação e na arte militar.

Pela análise acurada das instituições militares dos romanos, pode-se perceber a aplicação de vários preceitos desta nas corporações militares atuais, transmitidas pela tradição ou reclamadas pelas próprias

necessidades apresentadas pela vida militar.

Com a Revolução Francesa, em 1789, na Idade Moderna, foi que a Justiça Militar teve seu marco fundamental, pois com a regulamentação das relações do poder militar com o poder civil, que os princípios da jurisdição militar moderna foram estabelecidos. Despojando-se de seu caráter feudal, de foro privilegiado, a Justiça Militar estabelece, a partir daí, restrições ao foro em razão das pessoas e da matéria, limitações estas que já havia acolhido o direito romano.

No Brasil, a primeira legislação penal militar atinente foram os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados no ano de 1763. Os Artigos de Guerra foram inspirados nos Artigos de Guerra da Alemanha, que por sua vez, remontavam aos da Inglaterra de 1621. Os Artigos de Guerra compunham-se de vinte e nove artigos, compreendendo as penas de expulsão com infâmia, morte, cinqüenta pancadas de espada de prancha, entre outras penalidades. Nota-se que os castigos corporais se faziam presentes nas sanções militares no Brasil.

Preliminarmente, ressalta-se na afirmação de Corrêa (2000, p.7) que a Justiça Militar da União foi o primeiro órgão do Poder Judiciário formalmente criado no Brasil. E isso ocorreu pelo Alvará, com força de lei, de 1º de abril de 1808, quando D. João VI, Príncipe Regente de Portugal, criou, na cidade do Rio de Janeiro, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, que acumulava funções administrativas e judiciárias. Em 1834, houve a estipulação, através da Provisão de 20 de outubro do referido ano, dos crimes militares, que foram separados em duas categorias, sendo estas as praticadas em tempo de paz e os praticados em tempo de guerra.

Por ser a legislação abundante durante o Império, esta era confusa, não esclarecendo com nitidez os diversos tipos penais. Após o advento da

República, houve um esforço para modificar a legislação esparsa que existia à época, do que resultou o advento do primeiro Código Militar, sendo este o Código da Armada, expedido através do Decreto 18, de 7 de março de 1891.

O Código da Armada foi estendido ao Exército Brasileiro através da lei 612, de 28 de setembro de 1899 e para a Aeronáutica por meio do Decreto-lei 2 961, de 20 de janeiro de 1941.

Em 24 de janeiro de 1944, foi editado o Código Penal Militar de 1944 através do Decreto-lei 6 227. Atualmente, vige desde 1º de janeiro de 1970 o Código Penal Militar, expedido através do Decreto-lei 1 001, de 21 de outubro de 1969.

Nos dias atuais, em nosso ordenamento jurídico, a Justiça Militares Federal e Estaduais têm suas previsões constantes na Constituição da República, estando inserida dentre os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro. A previsão específica está inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 entre os artigos 122 a 125. Importante salientar que o Tribunal de Justiça Estadual Militar não é obrigatório, pelo contrário, só existe em 3 Estados-membros, e nos demais, as juntas é que assumem as responsabilidades de julgamento.

---

\_\_\_ FERREIRA DOS SANTOS, Murilo. Tenente Coronel da PMMG. Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Processual Penal Militar da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Presidente do INBRADIM.

# UM SUCESSO DE VENDAS INBRADIM

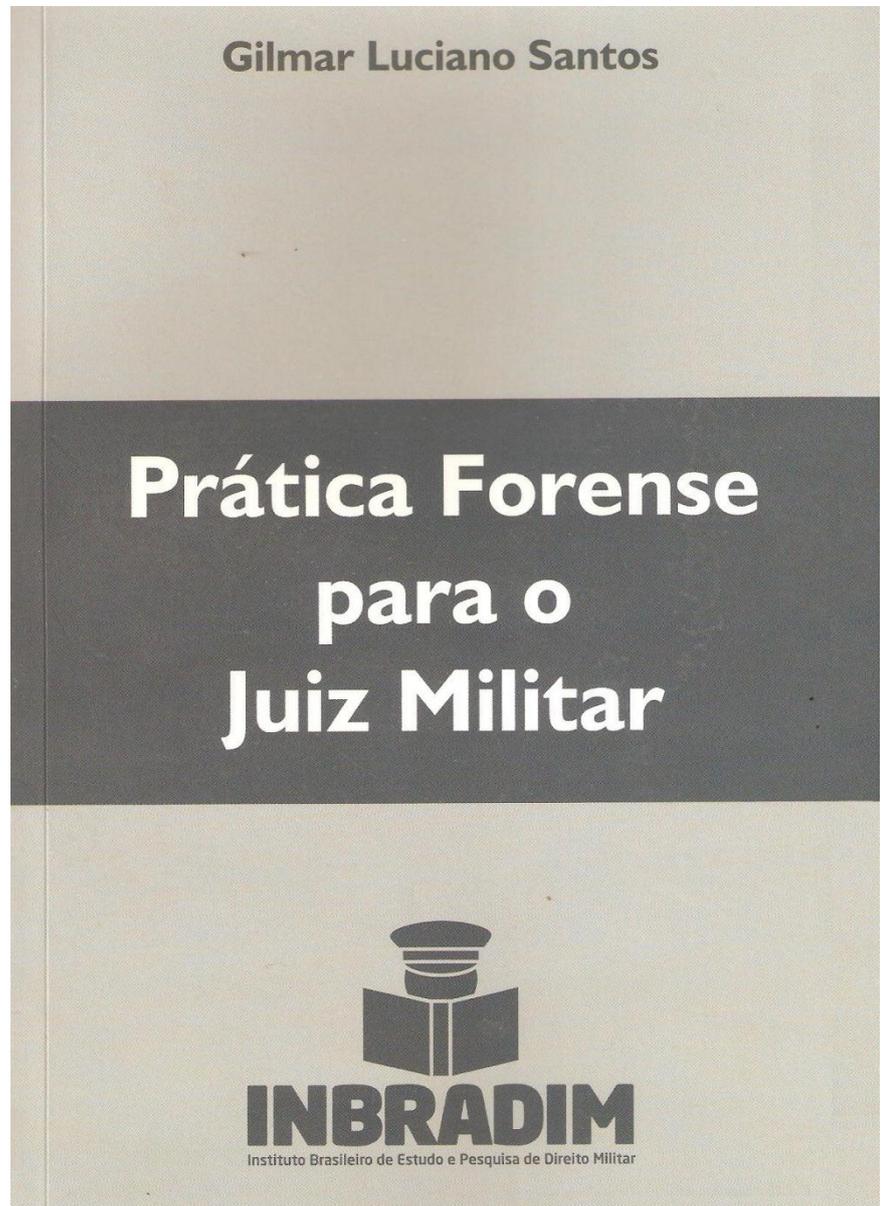
## PRÁTICA FORENSE PARA O JUIZ MILITAR

Livro exclusivo do INBRADIM, escrito pelo Tenente Coronel da Polícia Militar de Minas Gerais Gilmar Luciano Santos, professor de Direito e um dos mais gabaritados doutrinadores da nova doutrina do Direito Militar Brasileiro.

O trabalho tem importância ímpar, tendo como um dos seus objetivos dar contornos ao fundamental papel do oficial militar no conhecimento da tão pouco divulgada Judicatura Militar, sendo imprescindível a todos aqueles que desejam adentrar na seara forense militar, e não apenas aos oficiais juizes, mas Magistrados, representantes do Ministério Público, advogados e estudantes das ciências jurídicas e o público interessado.

UM SUCESSO DE VENDAS... livro importante a todos aqueles que desejam enriquecer sua biblioteca e seus conhecimentos sobre o tema.

Visite a loja do INBRADIM e adquira o seu: [www.inbradim.com.br](http://www.inbradim.com.br)



# DIREITOS HUMANOS: DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO

EMANUEL FERREIRA ANDRÉ

A partir do século XVIII foram realizadas muitas conquistas, que cada vez mais possibilitam a consolidação da compreensão de cidadania, mas estes alcances ainda não foram suficientes diante da grande exclusão econômica de grande parte da população. Já no século XIX, procuraram-se os direitos sociais fundamentados em combates estatais que contrabalançassem as necessitadas desigualdades. Mas, apenas após a Segunda Guerra Mundial, compreendeu-se a indigência de apreciar os anseios da maioria, reverenciando-se, especialmente, as minorias, suas penúrias e particularidades. No que faz referência às pessoas com deficiência, a sociedade está buscando suplantar o preconceito de forma a possibilitar-lhes a inclusão efetiva, mas o grupo de pessoas com deficiência ainda é uma minoria marginalizada e digna de ser amparado, embora seja um grupo com um número significativo de pessoas.

O correto é que estas pessoas com deficiência passem a ser o elemento principal no próprio destino e não mais, simples favorecidos de políticas de assistência social. O direito de ir e vir, de trabalhar e de estudar é a solução para a inserção de qualquer cidadão, e, para que se consolide em vantagem das pessoas com deficiência, tem que se reivindicar do Estado à constituição de uma sociedade independente, justa e solidária (art. 3º da CF/88), através de políticas públicas compensatórias e enérgicas, vale ressaltar que o comprometimento, todavia, não se extenua nas ações estatais. Todas as pessoas são igualmente responsáveis pelo eficaz ressarcimento de que se cuida. As corporações, por sua ocasião, carecem primar pelo acatamento ao princípio fundamental do valor social do trabalho e da livre ação, para que se pratiquem a cidadania integral e a dignidade do operário com ou sem deficiência (art. 1º e 170º do CF/88). Por causa disso, o art. 93 da Lei nº

8.213/91, garante, ao impor, para empresas com 100 (cem) ou mais funcionários, o percentual de 2% o contrato obrigatório de pessoas com deficiências capacitadas, ou reabilitadas.

Durante muito tempo, tem-se notado um grande desencontro de informações entre profissionais que agem nos institutos assistenciais, sobre o tema da integração da pessoa com deficiência e o emprego de sua mão de obra no mercado de trabalho. Defende-se, nesta pesquisa, a igualdade entre pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade conforme as leis descritas na Constituição Federal de 1988, detectando nas distinções, todos os direitos que lhes são relativos e, a partir daí, buscar medidas particulares para o Estado e a sociedade, extinguir os problemas ou inabilidades, ocasionadas pelos ambientes humano e físico *versus* as pessoas com deficiência.

Por fim, analisar e ratificar, pelo meio de diversos aspectos a estima humana destes, que por diversas vezes, são discriminados sem justo motivo. Assim sendo, este estudo sublinha a análise da aplicabilidade dos direitos humanos dos deficientes, Para aprimoramento das idéias, serão pesquisadas as origens do amparo à deficiência e sua definição. Será descrito ainda o conceito de justiça e igualdade conforme Aristóteles e por fim será observado o conceito de efetividade do começo da igualdade perante a lei no amparo ao portador de necessidades especiais.

## ORIGENS DA PROTEÇÃO À DEFICIÊNCIA E O SEU SIGNIFICADO

REGISTRO HISTÓRICO DA SUPERAÇÃO DE DEFICIÊNCIAS ATRAVÉS DOS TEMPOS: Discorrendo sobre uma análise histórica, observa-se que as pessoas com deficiência, por muitas vezes, sequer eram

consideradas pessoas. Na antiguidade ancestral e dentre os povoados primitivos, o tratamento proposto aos portadores de deficiência ostentou dois aspectos fundamentais, alguns povos os aniquilavam por considerá-los um grande impedimento à sobrevivência do grupo e outros os resguardavam e alimentavam para buscar a afinidade das divindades, ou como reconhecimento pelos empenhos daqueles que se mutilavam na guerra (FONSECA, 2001).

Os hebreus analisavam na deficiência física ou sensorial, uma condição de castigo de Deus, e impediam qualquer portador de deficiência de ter ingresso à direção dos serviços beatificados. O princípio das XII Tábuas, na Roma antiga, possibilitava os patriarcas a massacrar seus filhos imperfeitos, o mesmo acontecendo em Esparta, onde os recém-nascidos, delicados ou defeituosos, eram lançados do elevado do Taigeto, este que era um abismo de mais de 2400 metros de profundidade, próximo de Esparta. Já em Roma, as crianças imperfeitas eram desamparadas, juntamente com os filhos excessivos (GUGEL, 2007).

A história nos mostra que existiram povos que sempre ampararam seus deficientes, e outros que, com o desenvolvimento moral e social, modificaram sua conduta e começaram a cuidar. Os hindus, ao oposto dos hebreus, sempre avaliaram os cegos, pessoas de sensibilidade interna mais acentuada, exatamente pela ausência da visão, e, incitavam o acesso dos deficientes visuais nos papéis religiosos (SILVA, 2007).

Os atenienses, por influência de Aristóteles, protegiam seus doentes e os deficientes, sustentando-os, até mesmo por meio de sistema semelhante à Previdência Social, em que todos contribuíam para a

manutenção dos heróis de guerra e de suas famílias (SILVA, 2007, p.17).

Igualmente, atuavam os romanos do período do Império, quiçá, por autoridade ateniense. A discussão destes dois povos era se a conduta apropriada seria a assistencial, ou a readaptação desses deficientes para um trabalho fosse adequado para eles. Um exemplo lendário do entendimento antiassistencialista e profissionalizante é papel de Hefesto, que, na produção *Ilíada* de Homero, se expunha como possuidor de grande agilidade em metalurgia e em artes bélicas, a despeito de sua deficiência nas partes inferiores (SILVA, 2007).

Durante a Idade Média, já sob a influência do Cristianismo, os senhores feudais amparavam os deficientes e os doentes, em casas de assistência por eles mantidas, no entanto, com a queda do sistema feudal, veio à tona a ideia de que os portadores de deficiência deveriam ser engajados no sistema de produção, ou assistidos pela sociedade, que contribuía compulsoriamente para tanto. Até o século XVIII, perdurou a visão de que a deficiência era uma produção mítica e de ameaça social (SILVA, 2007).

A partir do século XVIII, na Idade Moderna e com o acontecimento da Revolução Francesa, a deficiência passou a ser vista como algo tratável. Nesta época surgiram os hospitais psiquiátricos, asilos, conventos, instituições para cuidar e tratar pessoas com deficiência, iniciativas de ensino de comunicação para pessoas surdas e o código Braille. Nesta época, surgiram vários inventos com finalidade de propiciar meios de trabalho e locomoção aos portadores de deficiência, tais como a cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis etc. O Código Braille foi criado por Louis Braille e propiciou a perfeita integração dos deficientes visuais ao mundo da linguagem escrita (CRUZ, 2003).

Foi somente após da Segunda Guerra Mundial, que a declaração da cidadania

se concluiu, eis que, só então, compreendeu-se a indigência de valorizar o desejo da maioria, respeitando-se, principalmente, as minorias, suas precisões e características especiais (CRUZ, 2003). Com o final das guerras, surgiram os problemas associados com os cuidados que os soldados ou civis mutilados careciam. No Brasil, no período da Guerra do Paraguai, constituiu-se o Asilo dos Inválidos da Pátria. Já na Europa, depois a Primeira Guerra Mundial e em seguida a Segunda ocorreu à adaptação e criação de sistemas de cotas de reserva de mercado de trabalho para acolher os deficientes da guerra, militares ou civis (CRUZ, 2003). Já em 1923, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicou a aprovação de leis nacionais que juramentassem as entidades públicas e particulares a contratar um certo número de portadores de deficiência acarretada pela guerra. Em 1944, a OIT consentiu uma recomendação na Reunião de Filadélfia, tendendo levar os países membros a contratar um número considerável de deficientes não combatentes.

O elementar e amplo fundamento para a concepção de regras para proteção das pessoas portadoras de deficiência foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1.948. Após, também na conjuntura internacional, foram proferidas com proeminência as Recomendações e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho e as Convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a matéria (CRUZ, 2003).

Na legislação, a Declaração dos Direitos do Deficiente, de 09 de dezembro de 1975, estabelece “a pessoa portadora de deficiência tem o direito ao respeito e gozo de uma vida digna”. Na década de 80, os movimentos em prol da pessoa portadora de deficiência participaram de várias discussões para implementar uma política de ação e inserção do deficiente na sociedade. Em 1981, foi proclamado pelas Nações Unidas o Ano Internacional da Pessoa Portadora de

Deficiência e em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, consolidou-se o direito do deficiente à cidadania (BRASIL, 1988). Logo a seguir, sobressai outro passo importante, que foi a criação do CORDE (Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), Lei n 7.853 de 24 de outubro de 1989, que passou a garantir o pleno exercício dos Direitos Individuais e Sociais a todos os Deficientes (BRASIL, 1988; CRUZ, 2003).

Em dezembro de 2006, a ONU confirmou a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, principal documento de direitos humanos do século XXI e o oitavo da ONU. Trata-se de respeitabilíssimo órgão de aprimoramento dos direitos humanos, não somente porque consente às necessidades particularidades desse grupo, que tem cerca de 650 milhões de pessoas em todo o planeta, conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), mas, principalmente, porque com essa ferramenta os direitos humanos abrangem uma nova força, atualmente tão advertidos por guerras ponderadas ilegais pela ONU e pelo progresso do mercado global, em detrimento de direitos sociais antes consolidados (SILVA, 2007).

## O MUNDO MODERNO E A LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A biografia da humanidade apresenta diversos eventos cujas passagens percorridas pelas pessoas portadoras de deficiência veem sucessivamente permeados por muitas dificuldades que afetam não só a sua sobrevivência, como também dificultam o desenvolvimento e a convivência social. As resistências concretas, o alto grau de preconceito, a falta de aceitação da pessoa com deficiência no mundo contemporâneo tem origens sócias históricas e culturais (FONSECA, 2001).

Atualmente, os direitos das pessoas com deficiência parecem estar assegurados, tanto do ponto de vista

legal, como educacional, político ou filosófico, mas apesar disso, a sociedade ainda precisa buscar a coerência entre o discurso teórico e legal e a prática social (FONSECA, 2001, p.45).

A pessoa com deficiência goza, de acordo com a Constituição, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais destacamos: à vida; ao lazer; à saúde; ao trabalho; à alimentação; à cidadania; à educação; à liberdade; à cultura; à dignidade; ao esporte; ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Abaixo, uma breve explanação sobre alguns deles (OAB/MG, 2006).

**Saúde:** É assegurada a atenção integral à saúde do portador de deficiência, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), admitida a participação de entidades não governamentais, garantindo o acesso universal e igualitário a esse Sistema e a um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e adaptação da pessoa com deficiência à comunidade. Caso não exista serviço de saúde acessível na localidade em que mora a pessoa com deficiência, ela deverá ser conduzida ao município mais próximo para obter o tratamento. A legislação que trata dos planos e seguros particulares de assistência à saúde assegura que a pessoa com deficiência não pode ser atalhada de participar de planos particulares de assistência à saúde.

**Educação:** É dever do Estado garantir uma educação inclusiva à pessoa com deficiência, ou seja, garantir ao aluno com necessidades educacionais especiais em uma escola de ensino regular (Lei de Diretrizes e Bases – Lei nº 9394/96). Porém, há casos especiais em que a deficiência requer um acompanhamento mais especializado, nesses casos fica assegurado o atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades educativas especiais feitas preferencialmente na rede regular de ensino (BRASIL, 1996). Não se pode esquecer que a regra é integrar o aluno

com necessidades educacionais especiais com os outros alunos da rede regular de ensino, de acordo com determinação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), pois de um lado será proporcionada a inserção desses alunos na comunidade o mais acelerado admissível, e, por outro, será diminuído o preconceito que há contra a deficiência. A Lei 7.853/89, em seu art. 8º, estabelece que:

Recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino por motivo de deficiência constitui crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa (BRASIL, 1988, s/p).

**Trabalho:** A Lei 8213/91 de acordo com Brasil (1991), como já vista anteriormente discorre sobre maior igualdade de tratamento, na Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXI é estabelecido que a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A reserva de vagas em concursos públicos é garantida na Constituição Federal, artigo 37, III (BRASIL, 1988).

**Seguridade Social:** A assistência social às pessoas com deficiência será prestada de forma continuada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social. É prestado ao cidadão com deficiência, caso o mesmo não consiga trabalhar e não tenha meios de ministrar a própria sustentação ou tê-la mantida por sua família, uma ajuda mensal equivalente ao valor de um salário mínimo. Considera-se impossibilitado de manter a manutenção à pessoa cuja renda familiar per capita constitua um valor inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo. Como se dispõe de um benefício de caráter assistencial, ou em outras palavras, de auxílio, pode ser invalidado a qualquer ocasião, se verificada a transformação na realidade financeira da pessoa ou em sua disposição para o trabalho. O benefício deve ser solicitado junto ao INSS, que requisitará algumas informações para

executar sua liberação. Este benefício é vistoriado a cada dois anos e a pessoa com deficiência é sujeita a perícia médica do INSS.

**Acessibilidade ou Livre Acesso :** Conforme está na Constituição Federal no art. 227, parágrafo segundo: A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988, s/p).

O código a que alude o artigo citado é a Lei 10.098/2000, conforme Brasil (2000), regulamentada pelo Decreto de nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que estabelece normas e critérios para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. O decreto determina que sejam observadas as normas técnicas da ABNT para a acessibilidade arquitetônica e urbanística, nos transportes de uso coletivo, nas edificações de uso público ou de uso coletivo, nos meios de comunicação e informação (BRASIL, 2004).

#### **Dos Direitos Humanos – Princípio da igualdade na Constituição Brasileira:**

Os direitos humanos ou direitos dos homens são aqueles que o homem possui por sua própria natureza humana e pela dignidade que lhe é inerente. Não resultam de uma concessão da sociedade política, mas sim, de um dever da mesma, a serem garantidos e consagrados. Assim, os direitos humanos são os direitos fundamentais de todos os indivíduos, sejam eles mulheres, negros, homossexuais, índios, portadores de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e migrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados, tendo, cada um, a integridade física protegida e assegurada. Nem sequer seria necessário previsão legal. São os

chamados direitos naturais (MORAES, 2000).

Direitos humanos são os direitos que todas as pessoas têm, por causa da sua condição humana comum, de viver em liberdade e dignidade. Dão a todas as pessoas direitos morais sobre o comportamento dos indivíduos e sobre o desenho da organização social, e são, ainda, universais, inalienáveis e indivisíveis. Expressam o nosso mais profundo empenho em garantir que todas as pessoas tenham segurança no desfrute dos bens e liberdades que são necessárias para uma vida digna (BASTOS, 2007, p.68).

A Constituição de 1988 é considerada a Constituição Cidadã, pelo fato de alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais. Ela institui o princípio da aplicabilidade imediata de suas normas, adotando o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio básico e reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (MORAES, 2000).

Os direitos humanos pertencem a todas as pessoas e todas têm o mesmo estatuto em relação a esses direitos. Falhar no respeito pelo direito humano de um indivíduo tem o mesmo valor que falhar no respeito pelo direito de qualquer outro não é melhor ou pior dependendo do gênero, raça, etnia, nacionalidade ou qualquer outra característica da pessoa. Além disso, são inalienáveis; não podem ser tirados por outros, nem podem ser cedidos voluntariamente por ninguém. Os direitos humanos são indivisíveis em dois sentidos (DORNELLES, 1990, p.28).

A Constituição Federal brasileira traz ainda, em seu texto, a raiz de todos os direitos, tratados como principais e essenciais. Sendo certo que estes preceitos constitucionais servem de base para os demais ramos jurídicos, que também trazem algumas normas aplicadas aos portadores de deficiência física. No texto constitucional é fácil

notar a importância que os direitos humanos têm para a sobrevivência dos indivíduos, é a partir destes direitos que se pode pensar em um homem vivendo com o mínimo de dignidade. Além do mais, a Constituição também mantém a sobrevivência do próprio Estado (MORAES, 2002).

O direito humano, como bem acentua a própria expressão e dispõe as leis e regras nacionais e internacionais, trata-se da valoração de preceitos considerados essenciais para a vida digna da pessoa humana, bem como para harmonia no convívio dos cidadãos e prevalência da organização estatal (MORAES, 2000).

Os direitos humanos de uma pessoa são realizados se e só se os arranjos sociais estão suficientemente estabelecidos para protegê-la contra as ameaças normais ao usufruto das liberdades abrangidas por esses direitos. Os direitos humanos estão correlacionados com deveres e os portadores de deveres são os atores coletivamente responsáveis pela realização dos direitos humanos. Os que suportam deveres relativos a um direito humano são responsáveis se o direito não for realizado. Desta forma, se um direito foi violado ou insuficientemente protegido, há sempre alguém ou alguma instituição que fracassou no desempenho de um dever (DALLARI, 1990, p.120).

Para alguns estudiosos, os direitos humanos se confundem com os direitos naturais. No entanto, de acordo com o pensamento de Carlos Ely, é verdade que a essência do direito humano é natural e se faz presente desde o surgimento do homem (MORAES, 2000).

Os direitos humanos são a raiz de um país, os pilares de uma nação são construídos em cima dos valores nascidos a partir da promulgação da Carta Magna, portanto, a sua violação não significa apenas desrespeitar os direitos de um indivíduo, mas configura um desrespeito a toda uma nação, que precisa fortificar suas raízes por meio

da aplicação integral da Constituição Federal (MORAES, 2002).

**Princípio da igualdade na Constituição Brasileira:** *O princípio da igualdade nas constituições brasileiras vem sendo tratado desde a primeira, que foi chamada de Carta Imperial, de 25 de março de 1824. Nela ficou estabelecido em seu art. 179, itens 13 a 17, o princípio da igualdade como um dos pilares de sustentação do sistema vigente. Era assegurada a igualdade da lei para todos, quer protegendo, quer castigando. A Constituição Imperial adotou o princípio da igualdade com operatividade e eficácia determinada, principalmente quanto à isonomia no acesso aos cargos públicos, aos encargos perante o Poder Público e à jurisdição. Há que se notar como uma peculiaridade desta Constituição o desempenho do regime monárquico, que encarecia as desigualdades fundadas nos títulos e posições sociais (SILVA, 2001).*

O advento da República trouxe modificações substanciais à interpretação do princípio da igualdade, porque a República é igualitária em sua conotação constitucional. A Constituição de 1891 trouxe inovações, como a extinção dos privilégios da nobreza. “O art. 72, § 2º, da primeira Carta Republicana definiu que todos são iguais perante a lei e que seriam inadmitidos privilégios de nascimento e desconhecidos foros de nobreza” (SILVA, 2001, p.55). Já na Constituição de 1934 foi afirmado mais uma vez o princípio da igualdade (art. 113, 1), modificando apenas a redação na parte relativa à vedação de privilégios e distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas (SILVA, 2001).

A Carta de 1937, sem maior importância no estudo do constitucionalismo brasileiro, simplificou os termos da disposição sobre a igualdade, deixando preceituado, no art. 122, 1º, que todos são iguais perante a lei (SILVA, 2001). O ressurgimento constitucional do estado brasileiro que acontece em 1945 vai de acordo com a

proclamação da Constituição de 1946. O princípio constitucional da igualdade foi objeto de tratamento no art. 141, § 1º. Passou-se a vislumbrar nele um conteúdo mais comprometido com o social. Já na Carta de 1967, em seu artigo 150, § 1º, outorgada pelos militares, que assumiram o poder em 1964, fez retornar ao texto normativo a vedação à distinção preconceituosa, especialmente aquelas a que se refere a sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas (SILVA, 2001). Já a emenda de 1969 trazia a inscrição do princípio da igualdade em seu artigo 153, § 1º. A Constituição de 1988, última a ser promulgada no Brasil, o princípio da igualdade é tratado nela toda, a começar pelo preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (BRASIL, 1988 s/p).

O artigo 3º de nossa Constituição constitui em seus incisos III e IV, simultaneamente, a erradicação da miséria e a marginalização e a diminuição das diferenças sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de: origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (GOMES, 2001). O artigo 5º, abrindo o catálogo dos direitos e garantias básicas, funda que: Todos são iguais diante a lei, sem distinção de nenhuma natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros moradores no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (GOMES, 2001).

A igualdade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, conforme o artigo 37, I, da Constituição Federal. Como o direito ao trabalho, ao emprego, está inserido no rol dos direitos ditos sociais, para assegurar esse direito, o Estado Democrático

deve lastrear a sua ação social em diversos valores, dentre os quais o da igualdade, que merece especial destaque, mesmo porque, com base na Constituição Federal, deve servir de critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais. (GOMES, 2001).

A questão levantada se mostra mais preocupante quando observamos a realidade fática de um País como o Brasil, em que as desigualdades sociais são tão extremas, uma vez que não se pode negar uma existência digna a ninguém, seja criança, adolescente, adulto, idoso ou deficiente (MOURA, 2006).

*Lei de Cotas: Um direito do Deficiente - Participação das Empresas Privadas e do Estado:* A colocação do portador de deficiência no âmbito laboral é, e sempre será, uma tarefa muito árdua, sobretudo pela carga emocional envolvida. O deficiente precisa estar bem psicologicamente. Contudo, esse tema tem merecido amplo debate no mundo jurídico, para poder ser encontrada a melhor forma de aplicação das normas, atendendo os anseios da inclusão social do deficiente físico. (GUIMARÃES, 2011). A Lei de Cotas, nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), completou 21 anos no dia 24/10/2012. Mas não se tem muito que se comemorar, nem pelo lado das empresas, nem dos possíveis empregados (GUIMARÃES, 2011).

Entre os princípios fundamentais da Constituição, temos a defesa da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Neles também está a inclusão do portador de necessidades especiais no mercado de trabalho. Isso porque, atendidas as qualificações profissionais, o trabalho é a melhor forma de inclusão de um deficiente na sociedade (GUIMARÃES, 2011). Esta inserção no mundo do trabalho, do portador de necessidades especiais, para o simples cumprimento da lei, tem tido algumas vezes resultados não satisfatórios. Principalmente se essa inclusão é realizada sem a preocupação adequada, por parte do Estado, quanto à adequação (habilitação e reabilitação)

do deficiente ao exercício da função e ao novo mundo do trabalho (GUIMARÃES, 2011).

No Brasil, esse tema tem previsões expressas em normas que revelam que a inserção do deficiente será veiculada ao preenchimento de vários requisitos obrigatórios, realizados pela Previdência Social. Entre os mais importantes, se destaca o que diz respeito à reabilitação ou habilitação de deficientes para posterior cobrança à iniciativa privada. O que pode ser visto, então, é se o Estado não é capaz, não obstante seus esforços, que aqui devem ser reconhecidos, de propiciar a reabilitação ou habilitação dos deficientes, como permitir a aplicação de multas às empresas que tem tentado suprir a própria deficiência do Estado? (GUIMARÃES, 2011).

É necessária uma Ação Afirmativa do Estado, como é denominada na doutrina, como ensina Gomes (2001, p.01),

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz: você está livre para competir com todos os outros, e ainda acredita, legitimamente, que foi totalmente justo.

Ainda, de acordo com Guimarães (2011), não é satisfatório somente abrir os portões da ocasião, todos os cidadãos precisam ter a competência para atravessar esses portões. Também, a iniciativa privada, não se encontra livre de suas responsabilidades. Logo que submetida aos princípios constitucionais, precisa cumprir sua função na inserção dos deficientes. Essa função social vai, na forma da lei, desde a contratação, remuneração até a garantia de emprego dos deficientes após sua contratação (GUIMARÃES, 2011). Dessa forma, o setor privado proporciona uma renda ao deficiente, mediante a contraprestação dos serviços prestados por ele e com o salário recebido, acontece o aquecimento da economia, e garante sua integração no campo do trabalho. Além disso, a empresa tem o dever

legal de, no caso de demissão do deficiente sem justa causa, contratar outro deficiente para seu lugar (GUIMARÃES, 2011).

É visto que a empresa que viabiliza a inclusão social do deficiente físico através da contratação vem, na maioria das vezes, desempenhando a própria função do Estado, caracterizando e habilitando o deficiente, através de uma postura ativa.

De acordo com o jurista Nahmias (2004), no Brasil, a questão do acesso ao mercado de trabalho à pessoa portadora de deficiência, em termos de identidade material, é bastante limitado. A política de inclusão social da pessoa portadora de deficiência, através do trabalho, fica praticamente restrita ao sistema de fixação de cotas. Na sua avaliação o sistema de cotas, seduziu os governantes que, usualmente, superestimam o poder da lei. A realidade mostra, porém, que o impacto positivo do sistema de cotas é reduzido. A simples imposição de uma obrigatoriedade não garante que ela seja desempenhada, e muito menos que as empresas venham a proporcionar, de bom grado, condições condignas de trabalho para os portadores de deficiência (NAHMIAS, 2004).

A grande maioria dos doutrinadores é unânime ao afirmar que a adoção do sistema de cotas, isoladamente, não é suficiente para que o direito a igualdade seja garantido. É necessária a implementação de uma política mais abrangente que englobe as demais áreas da vida do portador de deficiência como: saúde, educação, qualificação, reabilitação, previdência, acesso e transporte. Afirmam também que para sua superação são necessárias que sejam tomadas providências para garantir seu direito ao trabalho, de forma a permitir sua permanência no emprego (NAHMIAS, 2004).

A flexibilidade, segundo Nahmias (2004), é a marca das mudanças. O que se busca é criar condições para que cada um colabore dentro da sua realidade. A tendência é que cotas

isoladas, aplicadas por todas as empresas, sem exceções e sem estímulos, saiam de moda. Em seu lugar entrarão as cotas articuladas com contribuições, prêmios, subsídios e benefícios. Para poder prover condições de trabalho que se adaptem às necessidades dos portadores de deficiência como, por exemplo, a subcontratação, o tempo parcial, a jornada flexível, o tele-trabalho, os programas de promoção laboral de portadores de deficiência que envolvam Organização não Governamental (ONGs), previdência social, seguradoras privadas e empresas.

A controvérsia, entretanto tende a não parar por aí, os empregadores, em sua maioria, se opõem ao sistema, enquanto as entidades vinculadas a deficientes e para portadores de deficiência veem nele a melhor maneira de ajudá-los. Nesse contexto, Nahmias (2004), conclui que o sistema de cotas só será eficaz no Brasil quando combinado com outros mecanismos de estimulação junto às empresas e qualificação junto às pessoas portadoras de deficiência. Dentro desses mecanismos alguns crescem em importância, como a necessidade de educação e qualificação das pessoas portadoras de deficiência e criação de incentivos fiscais para as empresas contratantes dos serviços destas.

Já em outros países como Espanha, França e Alemanha o que acontece é bem diferente. Na Alemanha, por exemplo, têm estímulos exclusivos para a contratação, subsídios para um fundo proposto à habilitação e reabilitação, assim como incentivos fiscais para as empresas que cumpram cotas. Outro exemplo é que na Espanha e na França, existem estímulos fiscais e subsídios para a execução das cotas e se sobressai a vivência de empresas oficiais de empregos, sendo consentido às empresas a não execução de cotas, desde que não tenha mão de obra disponível, essa opção é bem adequada à realidade brasileira (GUIMARÃES, 2011).

Livre do procedimento a ser seguido, o importante é dizer que o objetivo de execução de cotas é da sociedade como um todo. Mas, vale ressaltar que o regime de cotas, unicamente, não determina hoje e não definirá no futuro a dificuldade da inclusão do deficiente. Tornar-se-ia, portanto, perene a atitude atualmente seguida pelos principais participantes desse processo, de um lado o Estado que exige o cumprimento de cotas e de outro lado a empresa, sustendo a impraticabilidade do cumprimento. Enquanto isso o deficiente prossegue como um “pseudo-inserido” no universo do trabalho. O que se observa é que só uma atuação afirmativa dirigida pelo Estado possibilita a mudança nesse cenário (GUIMARÃES, 2011).

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou revelar em um breve histórico, como eram tratadas as pessoas com algum tipo de deficiência, desde tempos antigos até os dias atuais, a discriminação e o preconceito por elas sofridas são recorrentes até os dias atuais, de forma mais branda, mas ainda assim, existente na sociedade. Constatou-se que atualmente, mesmo com a instituição da igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência ainda se vê uma série de barreiras, muitas delas decorrentes da falha estatal, outras derivadas do preconceito e da falta de comprometimento social por parte das empresas.

O Estado tem uma grande falha, e não é referente a falta de leis, mas sim, a escassez de empreendimentos, por parte do Executivo, que buscam à real inclusão da pessoa com deficiência na sociedade. Porém, as leis existentes não estão totalmente isentas de apreciações, pois embora envolvam muitos direitos, inclusive os direitos fundamentais do portador de deficiência, muitos dentre esses não são realizados.

Um dos temas em que a lei necessita modificar é a restrição da abrangência da norma imposta às empresas com

cem ou mais funcionários. Esse número em outros países é bem menor, chegando a trinta funcionários. A lei reduzindo esse número de empregados passa a envolver as empresas de um modo geral, as micro, pequenas e médias empresas, de modo que todas as empresas assumam o comprometimento social de incluir no trabalho as pessoas com deficiência. Porém, mudar a lei não resolve, totalmente, a dificuldade da discriminação no ambiente de trabalho. É imprescindível que outras ações sejam concretizadas, não só, pelo poder público, mas também pela iniciativa privada.

#### REFERÊNCIAS:

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional: dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012.
- BRASIL. Lei n.7853, 24 de outubro de 1989. **Dispõe sobre a criação da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília – DF
- BRASIL. Lei n.8213, 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre Obrigação das empresas em preencherem seus cargos com beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília – DF.
- CRUZ, Álvaro de Souza. **O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e** pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. São Paulo: Brasiliense, 1990. (Coleção primeiros passos)
- DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho protegido do portador de deficiência (histórico). Advocacia pública e sociedade**. São Paulo, v.1, n.1, MAX, Limonad. **Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, p. 135-139, 1997.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho**. Florianópolis: Obra jurídica, 2007.
- GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Lei de Cotas: O Estado precisa atuar na inclusão de deficientes**. São Paulo, 2011. Juristas seu portal jurídico. Disponível em <http://www.juristas.com.br>. Acesso em 24 de abril. 2014.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo, Atlas S. A., 2010. 214 p.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1-5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. A luta contra o arbítrio numa visão global. *Revista Consulex*, n. 37, p.19. jan. 2002.
- MOURA, Marcelo de Souza. **Teoria do Mínimo Existencial e os direitos de crianças e adolescentes** - efetivando direitos sociais na extremada desigualdade socioeconômica brasileira. Boletim Jurídico. <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1638>. Acesso em 01 abril de 2014.
- NAHMÍAS, Sandro Melo, **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa** – São Paulo, LTr, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOARES, Evanna. **O conceito Aristotélico de Justiça**. Disponível em: [www.prt22.mpt.gov.br/artigos](http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos) Acesso em 14 de abril. 2014,
- VERGARA, S. C.; BIANCO, A.; GOMES, A.P. C. Z. **O trabalho em equipes auto gerenciadas e sua influência na motivação dos indivíduos**. Read, revista eletrônica de administração. São Paulo. Edição 49 Vol. 12 No. 1, jan-fev.2006.

---

\_\_\_\_ FERREIRA ANDRÉ, Emanuel. Capitão da PMMG. Especialista em Segurança Pública. Artigo apresentado ao Curso de Especialização em Segurança Pública (CESP I /2014), da Fundação João Pinheiro, como requisito avaliatório da disciplina de Direitos Humanos e Cidadania.

## BREVE HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO

WHERNNER LINCONL WESLEY SANTOS

A prescrição, por tratar-se de um tema complexo e delicado, demanda compreensão sobre o que tal instrumento vem garantir e como se originou. Mister é colocar os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2014) que faz compreender o breve histórico sobre o que vem a ser o instituto da prescrição:

o termo praescriptio originalmente era aplicado para designar a extinção da ação reivindicatória, pela longa duração da posse; tratava-se da praescriptio longissimi temporis e para indicar a aquisição da propriedade, em razão do relevante papel desempenhado pelo longo tempo, caso em que se tinha a praescriptio longi temporis. Assim, no direito romano, sob o mesmo vocábulo, surgiram duas instituições jurídicas, que partem dos mesmos elementos: ação prolongada do tempo e inércia do titular. A prescrição, que tinha caráter geral, destinada a extinguir as ações, e a usucapião, que constituía meio aquisitivo do domínio. (DINIZ, 2014).

Ainda, acerca do tema, segundo BITENCOURT (2012, p. 868), o primeiro texto legal a respeito da prescrição penal, o qual recebe o nome de Lex Julia, data de 18 a.C. era aplicado a todos os crimes, exceto aos de parricídio, apostasia, e, ainda, aqueles onde já havia sido declarada a condenação. O progresso da prescrição penal ocorreu de maneira lenta e gradual, sendo admitida no direito do povo germano e de outros povos, mas não sendo nunca aplicado a delitos cuja natureza parecesse gravíssima, tais como lesão física ou moral a coroa, moeda falsa e parricídio.

Na França, em 1791, surge a partir do Código Penal a prescrição da condenação. Há suposições de que a Revolução Francesa foi influenciadora deste acontecimento e que levou outros países em datas posteriores a aderir a

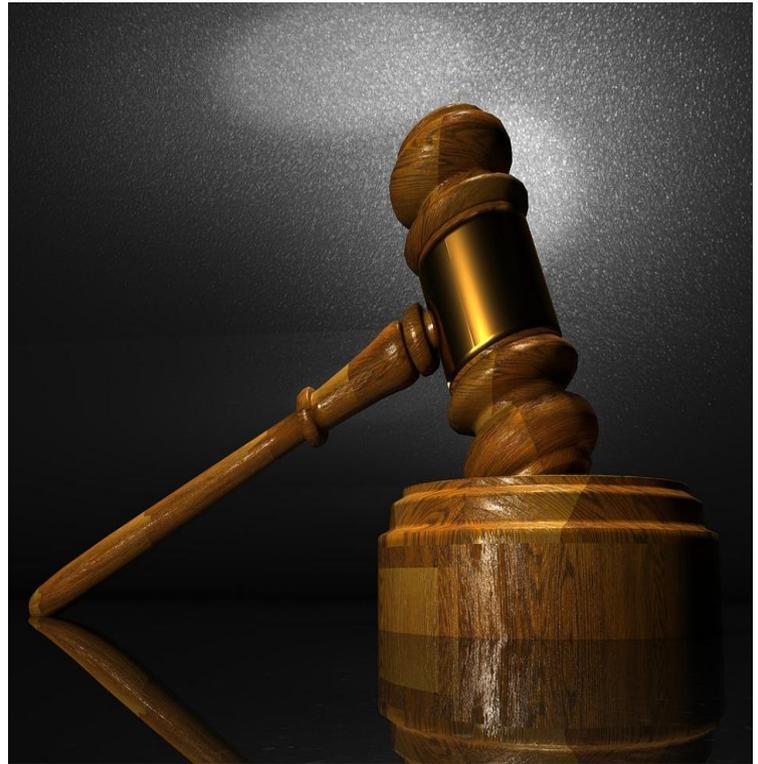
esta nova espécie de prescrição (BITENCOURT, 2012, p. 868).

Na modernidade, a prescrição tinha aceitação praticamente sem exceções, ou seja, quase todos os crimes tinham caráter prescritível, contudo a prescritibilidade ainda estava rechaçada por legislações como a da Inglaterra (BITENCOURT, 2012, p. 868).

Dentro da história de nosso ordenamento jurídico, o primeiro diploma a dispor sobre a matéria foi o Código Criminal do Império de 1830, que declarava em seu art. 65: "as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum". Ou seja, as penas aplicadas eram imprescritíveis.

No ano de 1890, a prescrição foi instituída no Código Penal, consagrando as duas modalidades de prescrição (BITENCOURT, 2012, p.868), dando origem às atuais formas de prescrição.

**Fundamentos da Prescrição:** Os fundamentos que embasam este instituto têm caráter puramente político, o que fragiliza sua legitimidade. Segundo BITENCOURT (2012, p. 867) a prescrição deve, em tese, levar em consideração "a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente", observando a existência de fundamentos políticos, embora, na prática, aparentemente estes critérios não sejam observados, ou seja, a



gravidade e sanção aparentemente não são consideradas.

Já, segundo Galvão, sobre o caráter político, declara que: Com a prescrição, o ordenamento jurídico impede que a possibilidade da punição perdue indefinidamente. a eterna possibilidade de punir é causa de intranquilidade social, que só se justifica em casos excepcionais identificadas por opção política consagrada na Constituição Federal.(GALVÃO, 2011, p. 992).

Na mesma linha de pensamento está Luis Regis Prado (2006, p. 719), entendendo que após a realização de um fato tido como criminoso, que constitui conduta típica, ilícita e culpável, existem circunstâncias que extinguem o jus puniend do Estado e, para isso, leva em consideração motivos vários de conveniência ou oportunidade política.

Assim, percebe-se que o viés político por de trás deste instituto é de conhecimento de boa parte dos doutrinadores. Passemos, a seguir, a análise destes fundamentos políticos:

A) Esquecimento do fato no decurso do tempo: A conduta praticada perde sua importância sendo esquecida pela sociedade, causando desinteresse quanto à pretensão punitiva;

B) Recuperação do criminoso no decurso do tempo: O criminoso após o decurso do tempo, quando não praticado outro delito, mostra-se arrependido com seu comportamento anterior, levando a crer que o indivíduo alcançou os efeitos que pretendem a pena, reajustando-se socialmente;

C) Inércia estatal: O Estado, por não aplicação de seu Direito de punir, em tempo oportuno, deve se abster e arcar com o ônus pela aplicação tardia do seu direito;

D) Enfraquecimento do suporte probatório: Com o decurso do tempo as provas perecem e acabam criando dificuldades para apuração de sua veracidade, acarretando em uma apreciação injusta diante ao delito.

Destarte, após elencados os fatores políticos, que fundamentam a prescrição, passa-se ao breve estudo de como funciona o instituto nos moldes da legislação brasileira atual.

**A Prescrição nos Dias Atuais:** Em análise a doutrina brasileira em relação ao instituto da prescrição, Antônio Rodrigues Porto relatou, em 1998, sua compreensão sobre a prescrição: Entendemos que a prescrição penal constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal. Esse é o sistema de nossa legislação, que inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP. (PORTO, 1998, p. 22).

Nos dias atuais, a prescrição, instituto de direito material, é o marco temporal que limita o jus puniendi do Estado, ocorrendo por inércia estatal ou até mesmo por protelação processual. Nesses casos o Estado perde o direito de punir aquele cidadão, que, por ato contrário a lei penal em vigor, estaria sujeito a Persecutio criminis.

Assim, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição é regulada sob duas formas, ocorrendo a primeira antes do trânsito em julgado (prescrição da pretensão punitiva, disciplinada no Código Penal, nos arts. 109 e 110) e a segunda após tal marco (prescrição da pretensão executória, regulada no Código Penal, art. 110, caput).

#### Fontes Bibliográficas:

— BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal parte geral, volume I. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

— DINIZ, Maria Helena. Disponível em < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Prescrição](http://pt.wikipedia.org/wiki/Prescri%C3%A7%C3%A3o) > acesso em 14 mar. 2014.

---

— **WESLEY SANTOS**, Whernner Linconl. Advogado



## A PRISÃO EM FLAGRANTE DO MILITAR EM SERVIÇO



REGINA SAFE

Observa-se no âmbito do Juízo Militar que a imposição da prisão em flagrante para os crimes militares torna-se regra, o que deveria ser exceção. Tal prática precisa ser revisada por estar em desacordo com a ordem Constitucional vigente (art.5º, inciso LXI).

A liberdade é uma garantia individual protegida pelo texto constitucional e, como tal apenas deve ser restringido como *ultima ratio*.

A própria legislação penal trata da prisão como medida cautelar, que só poderá ser aplicada nas hipóteses em que o indivíduo representar algum perigo para a sociedade ou instrução criminal.

A maneira como a prisão do militar em serviço vem sendo tratada fere uma série de Princípios Constitucionais consagrados.

Primeiramente, temos a violação dos princípios da presunção de inocência e da subsidiariedade da prisão preventiva no caso dos militares, vez que estes são presos antes de qualquer análise prévia de sua culpabilidade, apenas para averiguação de suposto cometimento de algum excesso penal, que, caso se confirme, terá sido praticado no exercício de sua função, ou seja, amparado pelas excludentes de ilicitude e culpabilidade, devendo, em tese, responder somente por eventual excesso, o que não autorizaria a medida acautelatória. O que é ainda mais grave é o fato de o tipo penal de alguns delitos (lesão corporal, por exemplo), poder vir a fazer parte da própria natureza da atuação dos militares, vez que, na condução de

algumas ocorrências é necessário o uso progressivo da força para conter a injusta agressão, o que torna de difícil compreensão para o militar quando poderá fazer uso dessa força.

Tem-se ainda que a situação vexatória da prisão *incontineti* dos militares nestes casos pode ser entendida até mesmo como uma violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto à alegação de que a prisão do militar visa a proteger o militar de futuras alegações de truculência dos mesmos, tal argumento não é legítimo. A própria legislação penal já prevê punição para eventuais excessos, seja em defesa própria e/ou de terceiros. Nosso Estado Democrático de Direito tem uma legislação garantista que jamais deixaria brechas para que a Força Policial atuasse coagindo e reprimindo os cidadãos de bem.

É bem verdade que a lei Castrense é especial, não menos verdade é que, apesar de especial, em seu artigo 3º, o Código Penal Militar autoriza que tudo que não for encontrado no referente à Lei Especial Castrense, poderá ser usado subsidiariamente do Código Processo Penal comum e, de acordo com esta premissa, poderíamos então entender que a prisão é uma medida de exceção e a regra que consta é a liberdade individual.

O artigo 245 do Código Penal Militar, tratando sobre a apresentação do preso para lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, dispõe que esta apresentação e conseqüente lavratura do auto pode ser feita à autoridade judiciária, valendo portanto indagar se

tal possibilidade encontra-se acorde com o atual sistema processual brasileiro, onde a nota de destaque deve ser absoluta imparcialidade do juiz.

Tal dispositivo nos parece divorciado do atual sistema constitucional brasileiro, vejamos o conceito da prisão em flagrante: "Flagrante significa o manifesto ou evidente e o ato que se pode observar no eato momento de sua ocorrência. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal".

Autoriza-se essa modalidade inclusive na Constituição Federal (art.5º, LXI), como já dito, somente permitida quando se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal, que, ao nosso ver não acontece quase nunca com o militar em serviço.

Em outra seara, o Código de Processo Penal Militar é taxativo ao se referir que, embora tendo havido fato típico, é possível que se note, desde a leitura do auto de prisão em flagrante, a probabilidade de existência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Assim sendo, deve o juiz conceder ao indiciado a liberdade provisória, sem fiança.

Na sociedade atual, houve uma profunda modificação no agir dos infratores, *modus operandi*, intelectualizado, (crime organizado), para a prática de delitos mais sofisticados.

Esse contexto levou à atual dogmática

jurídica, de buscar alternativas de combate à criminalidade contemporânea como a adoção de legislação penal mais rigorosa, recorrendo a tipos penais de perigos abstratos e considerados inconstitucionais por alguns e normas penais em branco e até mesmo a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nestes termos, o direito penal contemporâneo tornou-se mais agressivo, visando e refletindo na forma de agir no combate à criminalidade.

No Brasil, também se percebe os reflexos desta transformação social decorrentes do avanço da criminalidade como acima citado, agravamento de pessoas através da edição de leis, crimes de vários tipos, criando novos investimentos da delação premiada da infiltração policial e do flagrante retardado.

No âmbito do Direito Penal Militar, não houve modificações significativas. A atual lei processual foi editada em 1969 (Dec. Lei nº 1002), somente foi aperfeiçoada pela lei nº 6.544/78, que adotou SCP, no processo militar. Atualmente há em trâmite um projeto de lei para revisão do código atual. Isso se deve ao tipo de bens jurídicos a serem diferenciados para garantir os princípios basilares das forças armadas, o que torna esse ramo do Direito mais conservador e mais rigoroso.

O Direito Penal e Processual Penal Militar também está se adaptando às transformações sociais contemporâneas, tendo a jurisprudência dos juízes de 1ª instância e do Tribunal Superior Militar, procurado diminuir o rigor de alguns institutos previstos nas leis penal e processual castrenses, para adequá-los à nossa Constituição.

Isso ocorre quando o militar não precisa ser preso em flagrante, quando está de serviço; ao repelir a injusta agressão fazendo uso progressivo da força, basta o comandante avaliar o fato e a atitude do militar que se encontra sob o manto da excludente e não ratificar o flagrante, que ainda é muito pouco utilizado pelas corporações, pois na prática quase sempre o flagrante é ratificado e o militar preso por agir em serviço.

Temos que, como base para se analisar se é pertinente ou não a prisão em flagrante do militar, a autoridade policial judiciária deverá embasar sua tomada de decisão em uma Norma Internacional de Direitos Humanos (Princípios Básicos sobre o uso da Força e Armas de Fogo PBAF), e na

Resolução nº 8 de 21 de dezembro de 2012 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Desse modo, a autoridade policial judiciária militar, após abalzar cuidadosamente os aspectos fáticos jurídicos da ocorrência, e estando patente que o policial militar agiu sob o abrigo das excludentes de ilicitude ou culpabilidade, deverá agir segundo o princípio básico nº 22 da referida norma internacional de Direitos Humanos, a qual estabelece que se “deverá proceder nos casos de morte, ferimento grave ou outras consequências sérias um relatório pormenorizado será prontamente enviado às autoridades competentes responsáveis pelo controle e avaliação administrativa judicial”.

Contudo, temos que adequar essa Resolução à atual judiciária militar, tendo em vista que polícia judiciária comum (polícia civil ou polícia federal) não têm competência legal para apurar crimes militares. Desse modo, em observância ao que recomenda a Resolução nº 8, a autoridade policial judiciária militar, deverá registrar o ocorrido em um relatório e imediatamente instaurar IPM para investigação dos fatos.

Assim com base nessas normas orientadoras, a autoridade policial judiciária militar, quando se deparar com situações em que o policial militar agir sob o manto das excludentes de ilicitude ou culpabilidade, não precisará proceder a autuação em flagrante do militar. É o nosso entendimento, assim solucionaremos um dos mais sérios problemas que vem enfrentando o militar preso em flagrante por cumprir suas obrigações. É no mínimo incoerente que seja preso e desarmado na presença de todos e escoltado por superior para o batalhão de origem, muitas vezes diante de quem o próprio militar prendeu em estrito cumprimento do dever legal.

É oportuno ressaltar, que nesse nosso entendimento acima citado, buscou-se garantir a Dignidade do Militar de serviço, e o princípio constitucional da presunção de inocência, afastando, dessa forma, a prisão em flagrante delito e o recolhimento ao cárcere do militar que agiu sob proteção das excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade; de forma a evitar que seja “PUNIDO” por cumprir seu dever. Afinal, a Constituição nos garante “que todos são iguais perante a lei” pelo princípio da isonomia.

De tudo até aqui visto, resta-nos

concluir que a medida acautelatória de prisão em flagrante delito do militar tem que ser uma medida de exceção, como preleciona a Lei seja para o militar seja para o civil, porque todos somos iguais perante a lei.

**Diz FERRI em sábias palavras: “os funcionários e agentes públicos têm o dever de executar e fazer executar a lei, usando das faculdades a eles reconhecidas pela própria lei. Pelo que os atos por eles realizados no cumprimento deste dever. Muito embora danificando ou suprimindo interesses e direitos individuais (propriedade, liberdade pessoal, vida etc.). São *secundum ius*, sem caráter criminoso”**

Não se pode aceitar que princípios constitucionais, tais como, dignidade da pessoa humana, presunção do estado de inocência e da proporcionalidade das medidas cautelares sejam ignorados em nome de um formalismo decadente, o qual tem causado irreparáveis injustiças àqueles que arriscam suas vidas diariamente para defender a sociedade.

#### Referências Bibliográficas :

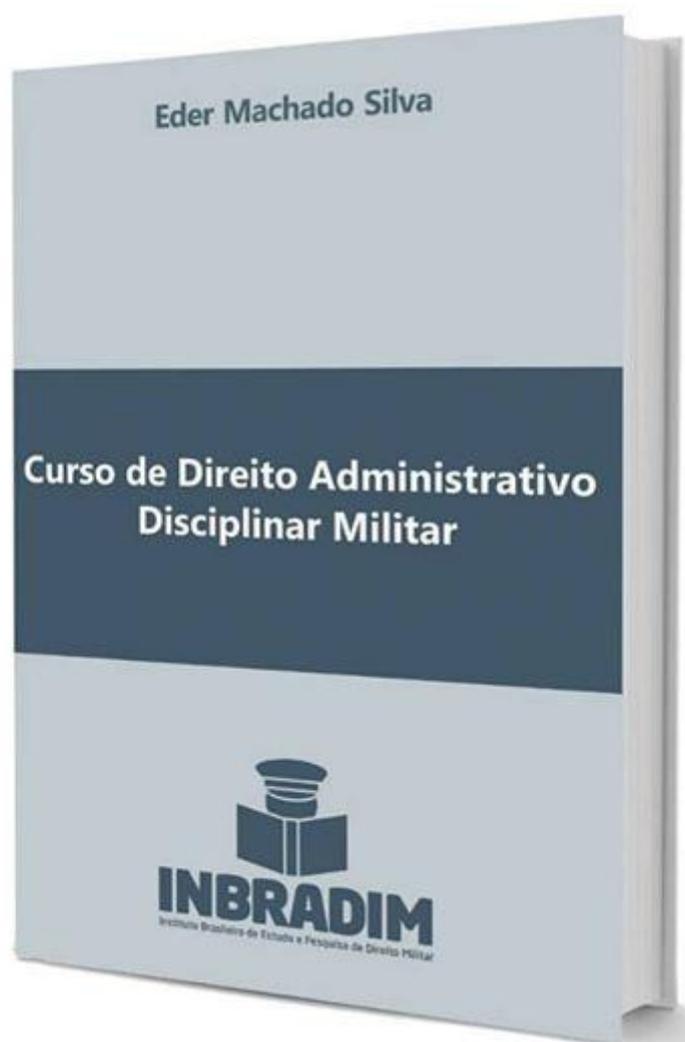
\_\_\_ Alvim, Flavio Messina. A prisão em flagrante e as excludentes de antijuridicidade.

\_\_\_ Assis, Jorge Cesar. Comentários ao Código Penal Militar Nucci, Guilherme de Souza – Estudo integrado com a legislação penal comum – Código de Processo Penal Comentado.

\_\_\_ Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Resolução nº 8, 21 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como “autos de resistência”, “Resistência seguida de morte”, em registros policiais, boletins de ocorrência, inqueritos policiais e notícias de crime.

\_\_\_ Bandeira de Melo, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 23 ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

\_\_\_ SAFE, Regina. Advogada. Professora de Direito. Especialista em Direito Militar.



**Aguardem!!! Pré lançamento da nova obra INBRADIM...**

**Estudo voltado para a didática do Direito Administrativo Militar, o livro versa sobre os vários e exclusivos conceitos do Direito Administrativos Disciplinar Policial Militar.**

# A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06 EM CASOS QUE ENVOLVEM MILITARES DA ATIVA E A PONDERAÇÃO DE VALORES NA JUSTIÇA MILITAR

RAFAEL HENRIQUE DE SOUZA PEREIRA

## INTRODUÇÃO

É cediço que, hodiernamente, a mulher permanece em uma condição social desfavorável em relação ao homem. Isso reverbera em múltiplos cenários – profissional, moral, cultural, religioso, psicológico –, de forma a se traduzir, não raras são as vezes, na violência praticada contra a mulher em razão do gênero. No Brasil, o principal instrumento na investida a favor da isonomia, nesta seara, é a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – conhecida popularmente por “Lei Maria da Penha”<sup>1</sup>.

O referido diploma legal encontra lastro no § 8º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988. É de natureza híbrida, pois contém mecanismos de diversas ordens para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei Maria da Penha está carregada de matéria penal (altera a redação de dispositivos do Código Penal), processual penal (dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e altera o Código de Processo Penal) e civil (institui medidas protetivas à mulher e contra o agressor).

Há uma intensa discussão, desde a sanção da norma, em torno da hipótese de ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher em que autor e vítima são militares da ativa. A situação recebe destaque por força da existência de um *codex* especial, o Código Penal Militar (CPM). Ele prevê, na alínea “a” do inciso II do artigo 9º, que é considerado crime militar, em tempo de paz, todo crime previsto no CPM, embora também o seja na legislação repressiva comum, quando praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação<sup>2</sup>.

O CPM, Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, foi recepcionado com *status* de Lei Ordinária<sup>3</sup> pela CRFB/88. Trata-se, portanto, de lei penal especial

– porquanto disciplina sobre um público específico, em situação específica –, oriunda da Justiça Especializada que é a Justiça Militar. Assim, todo crime militar, salvo expressa cláusula de exceção<sup>4</sup>, será processado e julgado pela Justiça Militar Estadual ou da União.

Malgrado, em um primeiro momento, devamos tomar por certo que estaremos diante de um crime militar toda vez que figurarem, nas extremidades, militares da ativa, muitos juristas coadunam do entendimento de que o mero critério *ratione personae*<sup>5</sup>, vale dizer, a simples condição de militar, não é suficiente para a emissão de um parecer taxativo, devendo haver, para caracterizar a natureza militar da infração penal, uma lesão direta ou indireta aos interesses e/ou aos pilares da instituição militar, a saber: a hierarquia e a disciplina. Caso contrário, é fato a ser apreciado pela justiça comum.

A próxima seção esmiuçará, por meio de trabalhos acadêmicos e decisões jurisprudenciais, os posicionamentos a respeito da temática, evidenciando a celeuma gerada na definição da natureza do crime praticado em uma conjuntura permeada pela violência doméstica e familiar contra a mulher.

A seguir, passa-se pelo comentário sucinto a respeito da Teoria dos Princípios, onde se faz uma reflexão sobre a distinção entre um princípio e uma regra. Repousa em uma das formas da filtragem – a maneira de se resolver um conflito entre regras e uma colisão entre princípios – a saída mais adequada – assim entendemos – para reger o dilema em estudo.

Ao final, serão feitas considerações, no sentido de expor o entendimento adquirido por meio da pesquisa; mais, propor sugestões.

## ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Importa trazer à baila, em ordem de enriquecer a pesquisa, a interpretação

de juristas no tocante ao tópico em tela. Passaremos a analisar obras acadêmicas e decisões de juizes e tribunais, perseguindo sempre a plena compreensão dos motivos jurídicos entendidos como suficientes para sanar a controvérsia.

Em 2007, pouco tempo depois de sancionada a Lei Maria da Penha, Murillo Sales Freua já percebia a relevância da questão aqui tratada. Entende, o autor, ser irrelevante a condição de militar do casal no âmbito doméstico (FREUA, 2007, p. 3). Frisa também o afastamento da incidência da Lei nº 9.099/95<sup>6</sup> em crimes revestidos de violência doméstica e familiar contra a mulher (FREUA, 2007, p. 4), retirando a possibilidade dos institutos despenalizadores previstos na referida lei favorecerem o agressor, como a transação penal, suspensão condicional do processo e penas isoladas de multa. Freua pugna pela opinião de não ser possível coexistirem a incidência da norma penal militar e a Lei Maria da Penha, quando assinala que “Nesse sentido, os acontecimentos da vida privada e da intimidade do casal de militares seriam resolvidos com fulcro na legislação militar, afastando outras leis, inclusive as medidas protetivas e inovadoras da Lei Maria da Penha” (FREUA, 2007, p. 4).

Para ele, “aceitar que o CPM e o CPPM devem ser aplicados para resolver problemas da intimidade e vida privada do militar, sem nenhuma relação com a regularidade militar, pode gerar danos irreparáveis à regularidade da instituição familiar” (FREUA, 2007, p. 5). Conforme o autor destaca, o agressor colima agredir a vítima na qualidade de familiar, não de companheiro de caserna (FREUA, 2007, p. 7).

Com o devido respeito ao colega, é precipitado presumir o fato como sendo sempre crime militar, mas é, de igual forma, afoito inferir que a motivação do agressor nunca teria cunho profissional. É precisamente este o ponto de convergência sobre o qual se deve debruçar – a singularidade do caso concreto –, como será visto adiante. Posteriormente, com Fernando Rodrigues Kobal (2008), é trazida a

<sup>1</sup> A lei foi assim batizada em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, cujo caso de violência doméstica perpetrada por seu ex-cônjuge ganhou notoriedade mundial e culminou na condenação do Brasil pela Organização dos Estados Americanos – OEA (GRACIANO, 2012, p. 22).

<sup>2</sup> BRASIL, 1969.

<sup>3</sup> SANTOS, 2013, p. 101.

<sup>4</sup> Exemplo de exceção de competência se verifica no parágrafo único do art. 9º do CPM, c/c o § 2º do

art. 82 do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

<sup>5</sup> Ele é albergado pela doutrina para se fixar competência (FOUREAUX, 2012, p. 84-85). Ver CPP art. 69, inc. VII.

<sup>6</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

hipótese de ter havido, por parte do legislador, negligência ao editar a Lei nº 11.340/06 sem mencionar o direito militar (KOBAL, 2008, p. 6). O autor assume como de natureza militar os crimes praticados entre militares em situação de atividade e, por conseguinte, tenta trazer a solução ao conjugar com o CPM as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, de forma a nos adequar, em face do descuido do legislador (KOBAL, 2008, p. 6).

Nessa senda, o autor solidifica seu entendimento ao trazer a decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar (STM) no ano de 2000, a qual é transcrita:

**EMENTA: LESÃO CORPORAL LEVE. MILITAR AGREDIDO POR MILITAR. TIPICIDADE OCORRIDA FORA DE ÁREA CASTRENSE. CONDENAÇÃO NO FORO MILITAR QUE SE REFUTA DEFENSIVAMENTE. INSUSTENTÁVEL A TESE APELATÓRIA.** Expulso de jogo de futebol de salão, Sd Ex agride Cb Aer, árbitro da partida, restando condenado no grau "a quo", com lastro no Art. 209, c/c o Art. 70, inciso I, tudo do CPM. Apelando, o Órgão assistencial ressalta pela incompetência da Justiça Castrense para sopesar "in casu", haja vista que agressor e ofendido participavam de competição desportiva realizada em local não sujeito à Administração Militar e, além disso, o primeiro desconhecia, de antemão, a qualidade de militar, inclusive de superior, do segundo, tendo ademais agido como agiu tão somente devido a impropério que esse então lhe dirigia. Meridiana a insustentabilidade das subidas considerações defensivas. Nada exsurge dos autos quanto a ter o ofendido dirigido injúrias ao agressor, de molde a justificar realmente o procedimento deste como legítima defesa da honra. Com pertinência ao "locus" do episódio "in tela", despicienda se revela a argumentação defensiva Sendo militares da ativa os envolvidos na "quaestio", remete-se esta, cristalinamente, ao previsto no Art. 9º, inciso II, alínea a), do "Codex" antes apontado, se vendo destarte pela indubitável propriedade de se julgar a evidenciada tipicidade no Foro Castrense. Improvido o apelo da DPU, mantendo-se íntegra a sentença condenatória ditada "in prima instantia". Decisão por unanimidade (APELAÇÃO(FO) Apelfo 48264 RS 1999.01.048264-4 (STM)).

*In casu*, ainda que não tivesse conhecimento da condição de militar da vítima, o agressor foi condenado,

motivo pelo qual entende Kobal que devem ser considerados crimes militares os praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Afirma: "os laços familiares são protegidos pelo Direito Penal-Militar e a ofensa a este bem jurídico é descrita como circunstância agravante" (KOBAL, 2008, p. 15).

Kobal (2008, p. 16) reflete sobre a dimensão pública – na qual o direito penal comum também é inserido – tomada no cometimento do fato delituoso para justificar a intervenção do Direito Penal Militar no âmbito domiciliar. Corroborando, ainda, com um estudo de caso em que o fato foi encaminhado para uma Delegacia de Polícia Civil e a Autoridade Policial remeteu os autos à Justiça Militar (KOBAL, 2008, p. 17).

Kobal (2008, p. 31) arremata: "a alegação de que a casa é asilo inviolável é irrefutável, se a proteção pleiteada restringir a intromissão de pessoas e não da lei". É, portanto, crime militar sempre que os agentes envolvidos forem militares da ativa (KOBAL, 2008, p. 31).

Entendemos, a partir do recurso hermenêutico da interpretação histórica e sistemática, perigosa a definição taxativa de crime militar pelo simples critério *ratione personae*, quando este sobrepuja o direito constitucional à intimidade, do qual goza um casal. Esse tópico será retomado na próxima seção. Pedro Paulo Pereira Alves (2011) também se envereda na conturbada matéria ao dizer que a Lei Maria da Penha, por ser uma norma excepcional, foge da margem de atuação da Justiça Militar. Para ele, a conduta praticada em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher não está subsumida aos tipos penais previstos no CPM, eis que o fato é praticado no âmbito doméstico-familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, cláusula excludente de competência da justiça castrense. Assevera a prevalência do direito privado sobre o público e da relação íntima/privada sobre a relação superior-subordinado (ALVES, 2011, p. 4-6).

Alves (2011, p. 6-7) destaca o caráter emergencial da aplicação das medidas protetivas, apontando, louvavelmente:

Contudo, caso haja, eventualmente, um Auto de Prisão em Flagrante ou Inquérito Policial Militar em curso iniciado pela autoridade militar, caberá a análise pelo Juiz de Direito do Juízo Militar o deferimento das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha, como forma de afastar

qualquer tipo de ameaça contra a mulher (seja militar estadual ou federal). Nesse viés, o autor consigna uma importante decisão proferida no TJMMG (Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais):

O paciente está sendo investigado por supostamente ter praticado diversos crimes, dentre eles crime que ofende a dignidade sexual de militar que é sua própria filha. A apuração dos fatos, apesar de terem ocorrido no seio do lar, se dá por meio de inquérito policial militar e pode indicar a ocorrência de crime militar, o que fixa a competência desta Justiça Especializada para processar e julgar a presente ação mandamental. (...) Ora, se é admissível a condenação do réu sem que alguém tenha presenciado o estupro, com muito mais razão deve-se entender possível a aplicação, por analogia, das medidas urgentes de proteção previstas na Lei federal n. 11.340/2006 (ALVES, 2011, p. 7).

Por derradeiro, o autor é do entendimento da natureza militar do crime praticado em local público ou no interior de um quartelamento, sob o manto inarredável do poder-dever do administrador público em não dispor do interesse público, de modo a não ferir seus deveres funcionais (ALVES, 2011, p. 7-8).

O ilustre jurista é prudente ao equilibrar os interesses particular (do casal como uma unidade familiar) e público (da administração militar, enquanto mantenedora dos princípios militares) para definir a natureza do crime. Ele faz uso, em certo nível, do sopesamento de valores, matéria na qual este trabalho está focado.

Graciano eleva o estudo conhecendo a mulher como titular de direitos humanos (2012, p. 15). Assim, inicia uma reflexão, inserindo na balança, em um dos lados, a proteção da mulher com predominância na justiça comum *versus* a proteção da justiça e da disciplina com predominância da Justiça Militar (GRACIANO, 2012, p. 34). O jurista vê a possibilidade de se considerar como determinante de competência da Justiça Militar a ofensa à instituição militar (GRACIANO, 2012, p. 36).

O princípio da especialidade também é invocado (GRACIANO, 2012, p. 48) – no qual está inserido o CPM, a mais especial das leis especiais (GRACIANO, 2012, p. 50) – para auxiliar na interpretação sobre a chance de haver aplicação conjunta do CPM e a Lei Maria da Penha, já que, a despeito do tratamento especial dado ao militar – onde a mulher militar se

acha –, isso não pode atuar como um escudo para lesionar um direito fundamental (ASSIS<sup>7</sup>, 1992 *apud* GRACIANO, 2012, p. 58).

Aqui, Graciano conclui se posicionando a favor da admissibilidade da aplicação das medidas protetivas pela Justiça Militar, narrando com precisão os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, balizadores de sua interpretação (2012, p. 78). Finaliza: “a falta de previsão legal não pode impedir que a Justiça Militar conceda as medidas protetivas dispostas na Lei Maria da Penha, pois seria inconstitucional privar a militar de tais direitos. A vida militar impõe regras rígidas; entretanto, tal rigidez não pode justificar a supressão de direitos previstos na CR/88” (GRACIANO, 2012, p. 79).

De fato, alguns princípios, como ensina Ávila (2014) podem ser alçados a uma categoria acima de outros, porquanto neles se fundam a estrutura de um Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana, preceito angular da CRFB/88, é aplicado em sua plenitude quando se concedem as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Outro assunto a ser destrinchado *a posteriori*.

Foureaux (2012, p. 495), por sua vez, assume como variável dependente do caso concreto a conceituação da natureza do crime (comum ou militar). Para o autor, a determinante do crime militar é a violação aos princípios da hierarquia e disciplina em face do direito constitucional à intimidade. Para construir seu raciocínio, lança mão da Teoria das esferas da intimidade, de Heinrich Hubmann<sup>8</sup> (FOUREAUX, 2012, 496).

Nessa ótica, Foureaux (2012, p. 498) instrui:

Em se tratando de cometimento de crimes entre casais militares, a hierarquia e disciplina devem ser aferidas para deslocamento da competência. Caso o motivo ensejador do delito esteja relacionado às relações

funcionais, matéria de serviço, ou seja, cometido em lugar sujeito à administração militar, entendemos que o crime será militar, caso contrário será comum.

O jurista faz sua exposição de argumentos para se posicionar a favor da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha na Justiça Militar (FOUREAUX, 2012, p. 539). O entendimento se alicerça ainda no poder geral de cautela do magistrado no âmbito do processo penal (FOUREAUX, 2012, p. 540). Ilustra de forma adequada com uma decisão prolatada no TJMMG, abaixo colacionada:

As medidas protetivas foram estabelecidas pela douta Magistrada da 3 AJME (fl. 117), em acolhimento de um pedido apresentado pelo ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer de fls. 114/116, no momento em que se deu a revogação da prisão preventiva. Consistem em condições a serem observadas pelo indiciado/paciente com o intuito de resguardar a integridade física e psicológica da vítima e das testemunhas, aplicando-se por analogia, a previsão contida no art. 22 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) (grifo nosso).

Da mesma forma, entendo ser improcedente a alegação de que as medidas de proteção impugnadas tenham sido aplicadas levando-se em consideração apenas a gravidade abstrata dos crimes investigados. Ao contrário, é merecedora de elogios a decisão da MMa Juíza de primeiro grau, uma vez que, ao exercer o seu poder geral de cautela, adotou posição intermediária e conciliadora, capaz de garantir, a um só tempo, a integridade moral e física da suposta vítima, e o direito de liberdade do investigado (grifo nosso).

No caso em análise, a determinação de afastamento do lar e da pessoa da vítima justifica-se, não em razão da gravidade do crime, mas como meio de garantir a coexistência de dois direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional (integridade física e moral da vítima e liberdade do réu), sem que um prevaleça em detrimento total do outro (grifo nosso).

A decisão atacada nada mais fez, do que aplicar, de maneira eficaz e razoável, o princípio constitucional da concordância prática ou da harmonização dos direitos fundamentais (FOUREAUX, 2012, p. 540-541).

A técnica utilizada pela magistrada, a

qual foi festejada pelo relator da decisão acima exposta, é calcada na Teoria dos Princípios. Ela traz a possibilidade de contrabalancear interesses, total ou parcialmente, mirando a solução mais adequada na resolução de um “embate”. Seu teor se verá na próxima seção.

## TEORIA DOS PRINCÍPIOS: APLICABILIDADE

Vimos, até aqui, diferentes posicionamentos – cada qual seguindo a fundamentação julgada mais pertinente – de doutrinadores e de juízes e tribunais, relativamente ao tema em estudo. Nesse momento, é oportuno mencionar a significância de uma teoria cujo conteúdo entendemos ser aplicável para a busca de uma solução capaz de balancear interesses.

### 3.1 Definição

A “Teoria dos direitos fundamentais”, concebida pelo jurista alemão Robert Alexy, em 1984, se consubstancia em um aparato instruído de flexibilidade, humanização e capacidade deliberativa sobre determinada questão singularmente, e, portanto, de maneira efetiva, alcançando a finalidade precípua do Direito – a melhor alternativa para a pacificação de demandas. Foi bem acolhida no Brasil. Nesse prisma, resumível como sendo a perquirição pelo arranjo mais completo em se distinguir regras de princípios, Alexy foi o responsável por evidenciar as matizes integradoras de um princípio – que, em sua ótica, não se confunde necessariamente como uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 87).

*A priori*, regras e princípios são espécies do gênero norma, pois “ambos dizem o que deve ser”. Princípios são, contudo, mais abrangentes que regras (ALEXY, 2008, p. 87). De forma a seguir uma diretriz para a sua teoria, Alexy traz três teses usadas para se diferenciar uma regra de um princípio, ficando, ao final da exposição, com a terceira tese, a qual apregoa a possibilidade de dissociar uma regra de um princípio com base não apenas em fase gradual, mas também qualitativa (ALEXY, 2008, p. 90). Enquanto princípios são mandamentos de otimização, as regras são normas caracterizadas pela sempre satisfação ou não – as regras se traduzem em normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas (ALEXY, 2008, p. 91).

A abstração de meras definições conceituais ganha consistência à proporção que o juízo do autor é

<sup>7</sup> ASSIS, Jorge César de. **Justiça Militar Estadual**. Curitiba: Juruá, 1992.

<sup>8</sup> Teoria que explica as camadas sociais de um casal. A primeira, mais interna, é onde se inserem as relações mais íntimas e intangíveis, como a convivência exclusiva conjugal. A segunda esfera, um pouco mais abrangente, encontra em seu núcleo as relações familiares. Por fim, a terceira esfera inclui a relação social onde os amigos das pessoas que compõem o casal recebem informações obtidas pelo convívio diário, mas que não devem expô-las a terceiros alheios àquele círculo (FOUREAUX, 2012, p. 496-497).

arquitetado: passa-se para a hipótese de confronto entre regras e princípios. Em um conflito de regras, o problema só cessa se uma das regras tem uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou se uma das regras é declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p. 92).

No caso da colisão entre princípios, por sua vez, um princípio não é considerado inválido em face do outro, nem é necessário introduzir cláusula de exceção nele. Eles são sopesados, em uma ponderação de valores e em uma reflexão sócio-jurídica, de modo a se definir qual deverá ceder espaço a qual no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 93). Trata-se de uma relativização, a qual não impõe a condição de regra, podendo ser, o resultado, até mesmo invertido, tomando por base um fato diverso.

Nesse esteio, Alexy acredita que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que colisões entre princípios (os quais só existem se forem válidos) ocorrem na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94). Logo, extrai-se: princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas (ALEXY, 2008, p. 106). Destarte, o princípio se diferencia da regra por ser revestido de caráter axiológico, alicerça da decisão a ser tomada. O princípio não é, em si mesmo, diretiva, mas fundamento e justificação de diretiva (ALEXY, 2008, p. 108).

A partir dessa teoria, alguns autores se aprofundaram neste estudo, caso de Martins e Cademartori (2007). Eles citam Günther<sup>9</sup> (1993): “uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente”.

Günther, não obstante, discorda de Alexy em determinados pontos. Aquele entende como insuficiente a correspondência entre a descrição de um fato na norma e o montante de dados disponíveis sobre esse fato para impor o cabimento de um princípio. Isso porque o inteiro teor do caso concreto pode demandar a incidência de outras normas (GÜNTHER, 1993 *apud* MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

Para isso, Günther elucida a circunstância por meio de um caso prático-hipotético, o qual merece ser reproduzido:

uma pessoa faz a promessa de comparecer à festa de seu amigo Smith. A norma *prima facie* aplicável ao caso é a de que “promessas devem ser cumpridas”. No entanto, essa norma poderá ser afastada, caso a descrição completa da situação evidencie outros traços característicos, tais como: (1) Não foi feita nenhuma promessa a Smith; (2) aquilo que foi dito a Smith não se tratava de uma promessa efetiva, mas apenas de uma possibilidade remota ou (3) embora a promessa tenha existido, um outro amigo, Jones, se encontrava em dificuldades e precisava de ajuda no exato momento da festa (GÜNTHER, 1993 *apud* MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

Com efeito, o autor mostra que o conhecimento pleno da situação fática é necessário para determinar com precisão a norma mais adequada ao caso. Nos dois primeiros traços, Günther busca descaracterizar a elementar da norma *prima facie* aplicável, vale dizer, negou a existência da promessa. Com o terceiro traço, por seu turno, demonstrou-se a existência de uma hipótese superior à obrigação de cumprir a promessa, *in casu*. Estamos diante de uma colisão envolvendo normas *prima facie* aplicáveis (GÜNTHER, 1993 *apud* MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

Günther, contudo, se distancia de Alexy neste ponto, ao acreditar que o sopesamento de valores utilizado por este não é a maneira indicada para se decidir a norma mais adequada ao caso concreto. O método de Alexy, afirma o autor, não é pautado pela imparcialidade normativa, mas por uma valoração empírica – ajudar um amigo em dificuldades é priorizado, em detrimento de comparecer à festa do outro amigo, porque, axiologicamente, simplesmente é assim. O jurista critica este tipo de decisão. Ao revés, dá preferência a uma melhor fundamentação da norma aplicável ao caso. Trata-se de coerência, e não de opção valorativa entre princípios (GÜNTHER, 1993 *apud* MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

O autor também critica o método de Alexy utilizado para diferenciar regras de princípios. Ele entende ser precipitado afastar qualquer discussão de adequabilidade de uma norma meramente por se tratar de uma regra. Como regras e princípios são aplicáveis

ao caso concreto, singular e imprevisível que é, ambas devem se submeter a um filtro de adequabilidade (GÜNTHER, 1993 *apud* MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

Humberto Ávila (2014) também apresenta suas considerações a respeito da consagrada tese. Malgrado tenha mantido a essência, a teoria recebeu uma roupagem mais dinâmica, aproximando-se das propostas de Günther e Dworkin. Há, na visão do autor, com a qual também aquiescemos, uma mera contribuição, no escopo de aprimorar um estudo tão relevante para a ciência filosófica do direito.

Em um primeiro momento, Ávila entende que as regras seriam aplicadas mediante “subsunção”; os princípios, mediante “ponderação” (ÁVILA, 2014, p. 150). Ainda, não considera correto tratar diferenciadamente as normas, posto que elas devem ser consideradas no mesmo plano. Vejamos:

O modelo ora apresentado demonstra que um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer apenas que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder (ÁVILA, 2014, p. 147-148).

O autor prega, tal qual o faz Günther, a necessidade de se abandonar uma postura empírica e se adotar, na ponderação de princípios, critérios verificáveis<sup>10</sup> para a formação de um

<sup>9</sup> GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.

<sup>10</sup> “No caso dos princípios, propugna-se por um modelo criterioso de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras

convencimento claro e aceitável pela coletividade, sob pena de se incorrer em um “intuicionismo moral” (ÁVILA, 2014, p. 149). Acrescenta, em uma visão mais amadurecida, que os princípios não são, necessariamente, passíveis de ponderação, eis que nem todos desempenham o mesmo papel no ordenamento jurídico. Na ocorrência dessa hipótese, não há que se falar em concorrência ou colisão entre princípios – estaremos diante de uma relação de complementação (ÁVILA, 2014, p. 152). Pode-se depreender, a partir da afirmativa, um nivelamento diferenciado entre os princípios, no qual não se admite relativização alguma sobre uns em função de outros. Pode haver, como exposto, uma relação de subordinação entre princípios, onde o segundo depende do primeiro (ÁVILA, 2014, p. 152). Ávila tece nova assertiva quanto à eficácia principiológica diferenciada. Há princípios interpretados conforme outros; princípios destinados a atuar na supressão de lacuna normativa; e princípios bloqueadores de normas com eles incompatíveis. Aqui também não há um conflito horizontal, mas apenas a interferência total ou parcial de um princípio no raio de alcance de outro (ÁVILA, 2014, p. 152).

Em linhas gerais, o modelo proposto por Ávila é calcado na moderação e procedimentalização, que não transige com rigidez ou flexibilidade demasiada, sem, porém, abrir mão de operar com critérios de aplicação definidos. No tocante aos princípios, estes podem ser entendidos como caminhos de ação, norteadores do jurista na aplicação do direito ao caso concreto, enquanto portadores de relativismo axiológico. Entender como ela se aproveita no plano concreto é fundamental.

eventualmente aplicáveis. O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinador princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa compatibilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados” (ÁVILA, 2014, p. 148-149).

### 3.2 Aplicação

A Lei nº 11.340/06, cujo cerne trata, notadamente, de levar a efeito o princípio da isonomia, é uma norma essencialmente de direitos humanos, a qual foi festejada quando do seu advento. Ela, porém – e aqui é importante deixar claro –, não é, em nenhum nível, uma norma penal especial. Significa dizer que a Lei Maria da Penha não inova na matéria, não cria nenhum tipo penal.

A norma versa, pura e simplesmente, sobre a majoração da pena para o crime de lesão corporal, quando se enquadrar no § 9º do art. 129 do Código Penal (CP)<sup>11</sup>. Faz ainda a inclusão do § 11 ao mesmo artigo. Em matéria processual penal, estabelece-se um novo motivo preventivo, alterando a redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, CPP<sup>12</sup>.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno capaz de assumir variadas facetas. O artigo 7º da Lei Maria da Penha traz um rol exemplificativo de formas de violência, dentre as quais se inserem a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Graciano (2012) foi afortunado ao discorrer sobre os artigos do CP e do CPM aplicáveis às respectivas formas de violência perpetradas<sup>13</sup>.

Dessa forma, exsurge-se uma relação de dependência de um diploma penal para a plena produção de efeitos da Lei nº 11.340/06 no cenário fático. E como não há, reitere-se, qualquer menção do legislador ao direito (penal e/ou

processual penal) militar, conforme leciona Kobal (2008), entendemos ser possível tanto a aplicação do CPM como do CP, de acordo com o foro e o caso concreto. É a incidência do princípio da legalidade, o qual ampara ambas as normas coercitivas em tela. Cumpre ressaltar nosso entendimento no sentido de não se tratar do uso de analogia, pois tanto o CPM como o CP estão, de igual modo, aptos a produzir seus efeitos no plano material.

Em virtude dessa dependência, poderíamos ser categóricos e afirmar que a melhor saída sempre seria tratar o crime como militar, seguindo o critério *ratione personae*. É até interessante enxergar o dilema sob o seguinte enfoque: Ao conceder as medidas protetivas à vítima, assegura-se a aplicação da Lei nº 11.340/06, considerada uma norma especial quanto à vítima; por outro lado, quando se fala na *ultima ratio*, a norma mais coercitiva da qual tem posse, o Estado-Juiz, é a lei penal (militar). Então, em se tratando de sanção penal, devem-se voltar os olhos para o acusado, uma vez que a ele devem ser dadas todas as garantias possíveis e necessárias.

Portanto, é mais sábio, em um primeiro momento, lançar mão do CPM para regular o conflito, pois consegue-se, na mesma medida, proteger a dignidade da pessoa humana da mulher, com a incidência das medidas protetivas a seu favor, e ainda proteger a hierarquia e disciplina militares, quando se processa e julga o agressor segundo os ditames do direito penal militar.

Também o novo motivo preventivo, inserido pela Lei Maria da Penha apenas no CPP, não impede sua aplicação no âmbito do processo penal militar, podendo haver a aplicação do art. 3º, “a”, do CPPM<sup>14</sup> c/c o art. 313, III, do CPP. Soma-se a isso o fato de o CPM possuir penas mais brandas, em muitos dos crimes passíveis de serem praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (lesão corporal, estupro, calúnia e outros). É o caso de se aplicar o princípio penal de garantia da proporcionalidade e razoabilidade<sup>15</sup>? Na

<sup>11</sup> “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”. A pena anterior era de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

<sup>12</sup> “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...] IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Cumpre ressaltar a posterior alteração da redação deste inciso, em razão da sanção da Lei nº 12.403/11. A norma englobou outros sujeitos passivos, todos no inciso III, dando mais abrangência à tutela jurisdicional. Segue: “III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;”.

<sup>13</sup> GRACIANO, 2012, p. 27-31.

<sup>14</sup> “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;”

<sup>15</sup> “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, *proporcionada* ao

ocorrência dessa hipótese, estaríamos, inclusive, assegurando a dignidade da pessoa humana do autor, fazendo sobrepujar o direito penal mínimo sobre o direito penal máximo.

Coaduna deste entendimento Rosa (2014, p. 18): “No Brasil, o princípio que foi consagrado no decorrer dos anos é que existindo um conflito entre leis penais deve prevalecer aquela que for mais favorável ao infrator”. Entendemos ser possível essa relativização, ainda que o crime, pelas circunstâncias em que ocorreu, deva ser considerado crime comum, se a medida mais branda for suficiente para tutelar com efetividade o caso.

Insta lembrar conteúdo ministrado por Greco (2013, p. 99), que certifica:

O juiz, como já dissemos, exerce papel decisivo quanto ao controle de constitucionalidade da norma, ao compará-la com o texto constitucional. Não deve ser um autômato aplicador da lei, mas sim o seu mais crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais conquistados a duras penas, em um Estado Constitucional de Direito.

A visão do autor é endossada por Santos, o qual entende que, na ponderação, o magistrado levará em conta o princípio processual do juízo competente (2013, p. 95), da dignidade da pessoa humana (2013, p. 101) e da razoabilidade e proporcionalidade da pena (2013, p. 101).

A problemática, a cada meditação feita, ganha novas variáveis e nuances. Nesse limbo de dúvidas, a teoria dos princípios avoca ação *sine qua non* para dar termo à vicissitude. Foureaux (2012, p. 502) consigna:

É como se colocássemos os princípios em colisão em uma balança, e aquele que tivesse maior peso deveria prevalecer e ser aplicado ao caso concreto, sem conduto (*sic*) declarar inaplicável o princípio de “menor peso”.

A *priori*, a intimidade, por ser um direito fundamental, deve prevalecer, assim, a regra é que os crimes militares entre casais de militares sejam comuns, uma vez que estão amparados pela teoria das esferas. Todavia, quando houver envolvimento dos princípios regentes do militarismo, a relação deixa de ser particular-particular e passa a ser superior-subordinado, subordinado-superior ou par-par, conforme o caso. Nestes casos, há ofensa à hierarquia e disciplina, logo o crime será militar, pois o interesse público prevalece sobre as

relações privadas.

Em que pese o autor considere apenas a possibilidade de uma ponderação de princípios, demonstramos aqui a possibilidade de se ponderar valores também no grau de regras (CPM *versus* CP), em harmonia com os ensinamentos de Günther e Ávila e a depender da situação real.

Se o magistrado, no entanto, optar por sopesar princípios, haverá, em favor da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar, os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e o direito fundamental à integridade física, enquanto que pesam favoravelmente sobre o agressor (homem ou mulher) os princípios da dignidade da pessoa humana,

da proporcionalidade/razoabilidade e da especialidade da lei e o direito fundamental à liberdade. Em segundo plano, vão se contrapor os princípios da hierarquia e disciplina com o direito fundamental de intimidade.

É importante destacar: o julgador nunca afastará a dignidade da pessoa humana da sua decisão. Em outras palavras, a Lei Maria da Penha sempre protegerá a vítima, não importando em qual justiça tramite o processo penal. Estamos falando aqui de um princípio forte, linear e inarredável; é, pois, um dos pilares do Estado Democrático de Direito (CRFB/88, art. 1º, III).

Em síntese, deverá ser ponderado o que for mais adequado ao caso concreto, seja por meio de princípios ou de regras, para determinar a natureza da infração penal. Contudo, no que concerne aos aspectos formais do delito, entendemos ser sempre de competência inicial da Justiça Militar, cabendo ao Juiz de Direito do Juízo Militar apreciar o caso concreto e declinar ou não de sua competência. O juízo de valor e o livre convencimento é competência privativa do magistrado, não devendo ser procedido em fase de apuração administrativa (APFD<sup>16</sup>/IP(M)<sup>17</sup>).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interpretações jurídicas decorrentes do pós-positivismo são inúmeras e afetam diretamente a vida dos particulares. Entender como se dão e quais são seus efeitos é cada vez mais essencial, visto que todos têm interesse potencial a respeito delas. Procuramos, sem a menor pretensão de exaurir o assunto, apontar alguns aspectos

considerados relevantes, os quais ainda não se encontram pacificados.

Consideramos oportuna, em um nível superior, uma adequação legislativa, no sentido de tornar mais objetiva a forma de se conceituar a natureza do crime praticado em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando ambos os polos são militares em atividade.

Outra mudança, mais palpável em um curto prazo, seria a acumulação de competência cível nas Auditorias de Justiça da Justiça Militar Estadual e da União, para complementar o que determina a Lei Maria da Penha, que instituiu, no seu artigo 14<sup>18</sup>, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), o qual ainda é incipiente.

**SOUZA PEREIRA, Rafael Henrique de** Tenente da Polícia Militar de Minas Gerais. Graduado em Direito pela UNICSUL-SP. Especializado em Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. E-mail: rafael.zdd@gmail.com.

delito e determinada pela lei” (GRECO, 2013, p. 75).

<sup>16</sup> Auto de Prisão em Flagrante Delito.

<sup>17</sup> Inquérito Policial (Militar).

<sup>18</sup> “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

# O REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS NOS CASOS DE INFRAÇÃO PENAL COMUM

WOLBER EUSTÁQUIO GONÇALVES DOS SANTOS

## 1. INTRODUÇÃO

No cotidiano da atividade policial, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar - o Comandante de Unidade Operacional - se depara com situações reiteradas, crimes comuns praticados por infratores civis, que necessitam de uma intervenção imediata. A criminalidade nos dias atuais é bastante dinâmica e organizada. Líderes de quadrilhas rivais simplesmente decretam a pena de morte para assim demonstrarem poder e manter sua área de domínio.

Pela rapidez com que ocorrem as ações criminosas, pelo princípio *do periculum in mora*, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar sempre procura, dentro dos limites legais, todas as formas possíveis de combater esse avanço da criminalidade, com o fim de manter e preservar a segurança pública, lembrando que essa autoridade é a responsável pela manutenção e preservação da Ordem Pública na sua Área de responsabilidade, ou seja, Área de responsabilidade territorial da Unidade.

A Constituição Federal atribui à Polícia Militar (PM) a atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, possuindo respaldo legal para adentrar em qualquer recinto nos casos de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro. Fora destas situações, há a necessidade da devida autorização judicial para que ocorra a invasão de domicílio, em razão de molestar diretamente direitos fundamentais resguardados na Lei Maior.

O presente artigo pretende demonstrar se é possível e legal a Autoridade de Polícia Judiciária Militar requerer ao Poder Judiciário a medida cautelar de busca e apreensão nos casos de infração penal comum, com o fim de preservação da ordem pública.

O estudo se justifica, pois, em regra, essa medida cautelar é requerida pela Autoridade de Polícia Judiciária, o Delegado de Polícia, nos casos de Inquérito Policial; contudo não há previsão expressa no ordenamento jurídico que impeça o Poder Judiciário de expedir Mandado de Busca e Apreensão, instado por representação de integrantes das Polícias Militares. Entretanto, o tema não está pacificado, havendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, formulamos o seguinte problema: Quais são as circunstâncias jurídicas que justificam a Polícia Militar de Minas Gerais requerer do Poder Judiciário a medida cautelar de busca e apreensão, nos casos de infração penal comum?

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e indutivo, uma vez que partimos do conhecimento geral do assunto, para aplicação no objeto da pesquisa; mas também, nos servimos de situações particulares aplicadas ao objeto. Quanto ao tipo de pesquisa, trata-se do tipo bibliográfica e documental. Para as técnicas de pesquisa, utilizou-se a coleta de dados indireta, através de pesquisas em documentos normativos internos da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) e acórdãos dos Tribunais.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo à baila a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante o poder do Estado.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito

Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]  
(BRASIL, 2013).

Nesse sentido, Santos (2013, p. 101) adverte que “[...] o mencionado princípio é uma cláusula pétrea que foi positivada através do art. 1º, III da CF/88. Dignidade é algo que ninguém consegue explicar, mas qualquer pessoa entende quando é violada”.

Pela magnitude desse princípio, Pitombo esclarece que:

[...] importa, porém, especialmente, no tocante à busca e apreensão, sempre, o respeito e acatamento à pessoa humana”. O autor ainda acrescenta “[...] não se estrutura um processo penal justo, tendo como alicerce a violação da dignidade humana. (PITOMBO, 2005, p.88-89).

### 2.2 Da inviolabilidade de domicílio: A proteção ao direito individual da casa como asilo inviolável visa evitar abusos e concomitantemente resguardar a paz, a privacidade, a personalidade, a intimidade, a segurança e o direito à propriedade. Na legislação pátria, a proteção tem *status* constitucional, estando prevista no art. 5º, inciso XI, *in verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo

penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, 2013).

A legislação infraconstitucional se encarregou de definir a expressão casa. Assim, observa-se no art. 150, § 4º, do Código Penal (1940), *in verbis*:

Art. 150 - [...]

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (BRASIL, 2013).

Verifica-se que o conceito de casa é interpretado de forma bastante abrangente pela doutrina. Para Pitombo a expressão casa abrange:

[...] (a) a habitação definitiva, ou morada transitória; (b) casa própria, alugada ou cedida; (c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas ou muradas; (d) qualquer compartimento habitado; (e) aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis e em casas de pousada; (f) estabelecimentos comerciais e industriais, e fechados ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; (h) barco, trailer, cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal. (PITOMBO, 2005, p. 72).

Outros estudiosos também dão interpretação extensiva ao conceito. O mesmo entendimento tem o insigne professor Carvalho:

O termo "casa" empregado no texto constitucional compreende qualquer compartimento habitado, aposento habitado, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (Código Penal, art. 150, § 4º). É a projeção espacial da pessoa; o espaço isolado do ambiente

externo utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa pretenda normalmente excluir a presença de terceiros. Da noção de casa fazem parte as idéias de âmbito espacial, direito de exclusividade em relação a todos, direito à privacidade e à não-intromissão. De se considerar, portanto, que nos teatros, restaurantes, mercados e lojas, desde que cerrem suas portas e neles haja domicílio, haverá a inviolabilidade por destinação, circunstância que não ocorre enquanto aberto. (CARVALHO, 2004, p. 386).

A inviolabilidade de domicílio no ordenamento jurídico pátrio é uma cláusula pétrea, imutável, e de eficácia plena com aplicabilidade imediata. O próprio dispositivo constitucional que garante o direito à inviolabilidade prevê também os casos taxativos em que poderão ocorrer a violação, conforme esclarece Capez:

Durante a noite: com consentimento do titular do direito; em caso de flagrante delito; e caso de desastre; para prestar socorro;

Durante o dia: em todos os casos acima mencionados; por determinação judicial. (CAPEZ, 2007, p. 318).

2.3 Entendimento da expressão "dia": Neste contexto, precisa-se definir a expressão dia no ordenamento jurídico pátrio, para que os executores da medida não cometam arbitrariedade.

Os doutrinadores divergem quanto ao tema. Alguns entendem como dia o período compreendido entre 6 e 18 horas, critério cronológico, e para outros o dia significa o período compreendido entre a aurora e o pôr do sol, critério físico-astronômico.

Na primeira corrente, ou seja, defensor do critério cronológico, cita-se Silva (2008). Na segunda, sendo defensores do critério físico-astronômico, destacam-se Nucci (2013, p. 544) e Filho (1986), ministro do STF.

Há ainda uma terceira vertente para definir a expressão dia. Essa corrente é representada por Lenza (2009, p. 136),

o qual afirma ser preciso conjugar os dois posicionamentos no intuito de esclarecer o significado da expressão dia. O autor cita Moraes para embasar o seu entendimento:

O que deve ser entendido por dia ou por noite? Concordamos com Alexandre de Moraes que o melhor seria conjugar a definição de parte da doutrina (6 às 18h) com a posição de Celso de Mello que utiliza um critério físico-astronômico: a aurora e o crepúsculo. (MORAES, 2007, p).

Contudo, vale observar que caso seja iniciada a diligência durante o dia, esta pode estender-se pelo tempo que se fizer necessário para a sua conclusão, mesmo que seja noite. Nesse sentido, Tourinho Filho destaca que:

[...] iniciada a busca domiciliar durante o dia, sua execução não se interromperá pelo advento da noite. Nem de outra maneira poderia ser; se os executores fossem obrigados a interrompê-la pela chegada da noite, muitas vezes a diligência estaria fadada a fracassar, pois os moradores, interessados em ocultar a coisa procurada, poderiam, com a saída dos executores, ganhar tempo e providenciar, dentro da casa, um esconderijo melhor. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 270).

Preferimos o critério físico-astronômico, concordando com o pensamento de Nucci (2013, p.544), haja vista a adoção do horário de verão, bem como regiões do Brasil onde o sol se põe mais tarde e surge mais cedo.

Conhecer o conceito de casa e as nuances em torno desse tema, bem como o momento apropriado para se cumprir a determinação judicial é de fundamental importância para que os integrantes da PMMG não incorram nos crimes de invasão de domicílio e abuso de autoridade, previstos respectivamente no artigo 150 e parágrafos do Código Penal e no artigo 3º, letra "b", da Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Imprescindível também conhecer o assunto para não contaminar a prova porventura obtida com o cumprimento da medida,

tornando-a inútil, por contrariar o devido processo legal, e, portanto, ilícita. (BRANDÃO, 2013).

2.4 Crimes permanentes: Segundo o artigo 303, do CPP, “[...] nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.” Em tais crimes ocorre o prolongamento do flagrante no tempo. Essa peculiaridade é inerente a apenas aos crimes permanentes. (BRASIL, 1941).

Diante dessa característica, policiais militares tendo certeza, e frisa-se que somente nesta situação, que estivesse ocorrendo um crime permanente em determinada residência, poderiam invadi-la, pois, estariam respaldados pelo ordenamento pátrio. Nesse sentido se posiciona Nucci:

[...]Se a polícia tem algum tipo de denúncia, suspeita fundada ou razão para ingressar no domicílio, preferindo fazê-lo por sua conta e risco, sem mandado – porque às vezes a situação requer urgência – pode ingressar no domicílio, mas a legitimidade de sua ação depende da efetiva descoberta do crime.(NUCCI, 2013, p. 540, grifo nosso)

Em recente julgamento do Recurso Ordinário (RE) 603616, de 05 de novembro de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, com repercussão geral conhecida, e, por maior de votos, firmou a tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões devidamente justificadas a *posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”. De acordo com o entendimento firmado, entre os crimes permanentes, para efeito de aplicação da tese, estão o depósito ou porte de drogas, extorsão mediante seqüestro e cárcere privado,

ou seja, situações que exigem ação imediata da polícia<sup>19</sup>.

Apesar do exposto, concordamos com Brandão (2013), no sentido de que adentrar no domicílio, ainda que existam fortes indícios, mesmo existindo prova contundente, seria muito temerário e totalmente desaconselhável ao policial. Daí a necessidade precípua da representação domiciliar por parte da Polícia Militar, como instrumento garantista, para que a atuação do policial esteja amparada legalmente, garantindo ainda que o policial não incorra em violação de domicílio ou abuso de autoridade, uma vez que o morador poderá facilmente ocultar ou desfazer das provas do crime.

2.5 Discussões acerca do Conceito de Autoridade Policial: Segundo Tornaghi (2015), nem todo policial é autoridade, mas somente os que, investidos de poder público, têm por tarefa os fins do Estado. Não é, por exemplo, autoridade policial um perito, ainda que funcionário de polícia, ou um oficial da Força Pública, uma vez que as corporações a que pertencem são órgãos-meios à disposição da autoridade. O conceito de autoridade está diretamente ligado ao de poder de Estado. Os juristas alemães, que mais profundamente do que quaisquer outros estudaram o assunto, consideram autoridade todo aquele que, com fundamento em lei, é parte integrante da estrutura do Estado e órgão do poder público, instituído especialmente para alcançar os fins do Estado, agindo por iniciativa própria, mercê de ordens e normas expedidas segundo sua discricção. Para Tornaghi, a Polícia Civil (PC) detém o poder, a autoridade, enquanto a Polícia Militar detém a força.

Para Foureaux (2012) não há hierarquia entre as polícias civil e militar e, na prática, percebe-se que a polícia militar

exerce inúmeras atividades previstas no Código de Processo Penal (CPP) e em legislações esparsas que a própria lei diz competir à “Autoridade Policial”.

Assis também reconhece o policial como autoridade policial, na sua missão constitucional da ordem pública:

No campo da segurança pública propriamente dita, a Polícia Militar tem como exercício regular de sua atividade, o policiamento ostensivo fardado e a preservação da ordem pública. A competência para tal mister é decorrente da Constituição da República. Daí por que, seus integrantes, respeitado o grau hierárquico e as atribuições que lhe forem dadas, têm AUTORIDADE POLICIAL, correspondente a sua missão constitucional da ordem pública. (ASSIS, 2008, p. 22, grifo do autor).

Tornaghi (2015) esclarece que, para definir a autoridade policial de que fala o art. 4º do CPP, cumpre lembrar que se trata de autoridade de polícia judiciária. Qualquer outro órgão, ainda que exerça autoridade em distinto terreno, é estranho ao art. 4º do CPP.

2.6 Da Medida Cautelar de Busca e Apreensão: A medida cautelar de busca e apreensão encontra-se, na legislação penal processual comum, no título VII - DA PROVA, e no capítulo XI - DA BUSCA E DA APREENSÃO. Já na legislação Processual Penal Militar, encontra-se no Título XIII – DAS MEDIDAS PREVENTIVAS E ASSECURATÓRIAS.

Esclarece Capez (2007), que a prova não é eterna; o tempo poderá alterá-la ou destruí-la. Logo, a medida cautelar de busca e apreensão é destinada a evitar o desaparecimento das provas. A busca é, lógica e cronologicamente, anterior à apreensão.

Quanto à natureza jurídica, para a lei, é meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva; para a doutrina, é medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas.

<sup>19</sup> Extraído do portal do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303364&caixaBusca=N>. Acesso em 20/11/2015.

Para Nucci (2013, p. 526), essas medidas, mais que provas, constituem autênticas medidas assecuratórias e, na designação do Código de Processo Penal Militar, tais medidas são também preventivas, o que é correto, visto garantirem a produção das provas e a colheita de outros bens.

A busca e apreensão podem ocorrer em fase preparatória a um procedimento policial ou judicial, durante a investigação policial, com ou sem inquérito, durante a instrução do processo judicial e ao longo da execução penal. (NUCCI, 2013, p. 527).

Busca significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares.

Apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos. (NUCCI, 2013, p. 526).

O art. 240 do CPP estabelece o rol de situações que autorizam a busca e apreensão:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

prender criminosos;

apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o

conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

apreender pessoas vítimas de crimes;

colher qualquer elemento de convicção. (BRASIL, 1941).

Atenção e cuidados necessários devem ser tomados em relação à busca domiciliar, pois assim preceitua o art. 5º, XI da Constituição Federal: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

2.7 Natureza jurídica do mandado de busca de apreensão: A busca e apreensão no CPP aparece como meio de prova, já que está inserida no capítulo XI do título VII - Da Prova. Contudo, a doutrina diverge quanto ao assunto.

Apesar do código considerá-la meio de prova, Bonfim (2006, p. 334), esclarece que a natureza jurídica da busca e apreensão seria de “[...] providência acautelatória, ou mesmo de medida de obtenção de elementos probatórios.”

Outros doutrinadores divergem desta posição e defendem que a medida de busca e apreensão tem natureza jurídica mista. É o caso de Nucci, que em relação ao tema esclarece o seguinte:

Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmo ângulos. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova. Assim, tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistos, individualmente, como meios assecuratórios ou como meio de prova, ou ambos. (NUCCI, 201, p. 527).

O entendimento de Capez, (2007, p. 316) é no sentido que a busca e apreensão deve ser analisada sob dois enfoques, sendo uma interpretação dada pela lei e outra pela doutrina, já que “[...] para a lei é meio de prova, e portanto, de natureza acautelatória e coercitiva e para a doutrina é medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas”.

2.8 Requisitos para deferimento da medida: A autoridade judiciária deve pautar-se em vários requisitos para a concessão da medida de exceção.

Partes destes requisitos estão previstos no art. 243 do CPP, *in verbis*:

Art. 243 - O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º - Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º - Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (BRASIL, 2015). (BRASIL, 1941).

Em relação aos requisitos previstos no inciso I, importante ressaltar a esclarecedora opinião de Gomes, em artigo intitulado Limites à inviolabilidade do advogado e do seu escritório:

Não é preciso (e é desarrazoado exigir) que do mandado conste o nome completo, qualificação, idade, local de nascimento etc. do investigado. Isso é exagero. De outro lado, jamais se pode exigir que o mandado defina, de pronto, qual ou quais documentos serão

apreendidos. Isso é absurdo! O juiz não tem bola de cristal para saber, de plano, qual ou quais documentos serão úteis e necessários para a comprovação do corpo de delito. (GOMES, 2009, p. 4).

Os requisitos elencados pelo artigo não são os únicos, pois outros artigos mencionam mais requisitos (arts 245, 246, 247, 248 do CPP), contudo, dizem respeito ao efetivo cumprimento da medida por parte dos executores, e devem ser observados.

Outro requisito que não pode ser olvidado, para que a autoridade judicial conceda a medida, está assentado de modo expresso na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). O art. 93, inciso IX, determina que, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. (BRASIL, 1988).

Portanto, imprescindível que o juiz fundamente todas as suas decisões, em especial aquelas que tenham o fim de limitar garantias e liberdades individuais protegidas pela Carta Magna.

Em relação ao tema, Pitombo assevera que:

A decisão que determina a entrada em casa alheia precisa demonstrar os motivos de fato e de direito que justifiquem, assim, atendendo ao interesse individual e coletivo. Com efeito, considerando-se a função social e política do processo penal, todos os membros da comunhão social, impessoalmente, considerados, por igual, guardam o direito de saber as razões do ato decisório. O dever de motivação das decisões penais é

elemento integrante e indispensável do livre convencimento.

[...]

O dever de motivação é, pois, convergente na observância do justo e devido processo penal. A necessidade de motivar surge, portanto, absoluta. (PITOMBO, 2005, p. 131-132).

Desta forma, a fundamentação por parte da autoridade judiciária torna-se requisito essencial para a concessão da medida. O juiz não pode abster-se em demonstrar os fatos e direitos que o levam a decidir, sob pena de nulidade absoluta do ato.

Ademais, vale ressaltar que a fundamentação deve ser balizada com a determinação expressa no art. 240 do CPP, ou seja, somente poderá ocorrer a busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem (BRASIL, 1941).

2.9 Do requerimento de Busca e apreensão Pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar

2.9.1 Posicionamentos doutrinários: Uma das parcas referências no ordenamento jurídico brasileiro, à capacidade postulatória em relação à medida, está estampada nos artigos 241 e 242, do CPP, *in verbis*:

Art. 241 - Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

Art. 242 - A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (BRASIL, 1941).

O art. 241 está parcialmente derogado, tendo em vista não ter sido recepcionado pela CF/88.

A parte que menciona a autoridade policial colide com o inciso XI do art. 5º da CF/88. Desta forma, não existe mais a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, entrar em casa de terceiro, tendo em vista ter a Carta Política previsto ser a matéria

reserva jurisdicional. Vigê ainda o restante do artigo e, portanto, a autoridade judiciária não precisa do mandado para cumprir a diligência.

Pela leitura do art. 242, percebe-se facilmente que o rol é apenas exemplificativo, uma vez que outras autoridades podem solicitar a medida, por serem também legitimadas.

Pelo enunciado dos artigos vê-se que não há uma posição nítida de quem efetivamente pode representar solicitando o mandado de busca e apreensão. Percebe-se também que o artigo não é *numerus clausus*, sendo apenas um rol exemplificativo de quem tem atribuição para cumpri-lo. (BRANDÃO, 2013).

Para Pitombo (2005, p. 187), apesar de o rol ser exemplificativo, ele é limitado, somente tendo legitimidade para requerer a medida: “[...] (a) Autoridade Policial; (b) Ministério Público; (c) Comissão Parlamentar de Inquérito; (d) Particular ofendido; (e) suspeito, indiciado ou acusado, e ainda, o condenado”.

Entendimento parecido demonstra Carvalho Filho, ao expor que somente delegado de polícia judiciária e, portanto, autoridade policial tem a atribuição de cumprir a medida:

Ora, a execução do mandado de busca e apreensão por Delegado de Polícia é forma procedimental essencial ao ato. E sua inobservância gera nulidade absoluta. Ainda que as partes não o arguam, o prejuízo seria presumido, por tratar-se de processo penal, dada a natureza dos bens tutelados, sendo ilógico pressupor que um ato invasivo da intimidade da pessoa humana, levado a cabo por quem não detém poderes para tanto, já não traga prejuízo ao investigado com sua simples realização, em confronto com a proteção constitucional a tal intimidade. E prova obtida com lesão a norma constitucional deve ser desconsiderada (CARVALHO FILHO, 2011, s.p).

Junior filia-se à corrente que defende que o mandado de busca tem natureza

jurídica única, sendo apenas meio de prova e, portanto, atribuição exclusiva da polícia judiciária:

Por entender que o mandado de busca e apreensão é um dos muitos elementos probatórios admitidos na lei processual, reside o temor que em pouco tempo as milícias estaduais passem a expedir intimações, a solicitar escutas telefônicas e toda sorte de medidas investigativas que bem entendam, retornando ao nefasto e ultrapassado modelo de investigação militar muito comum na década de setenta, que até hoje envergonham qualquer brasileiro. (JUNIOR, 2010).

Em contrapartida, Silva (2011) entende que a Polícia Militar tem capacidade postulatória para solicitar mandados de busca e defende que não é atentatório à legalidade ou ainda ato de improbidade administrativa ou de usurpação de função pública a concessão da medida à corporação militar.

Aduz Silva que: [...] cuidar-se-ia de orientação que melhor atenderia ao princípio da eficiência, expressamente previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição, isso porque à sociedade não interessa o debate institucional travado pela Polícia Civil e pela Polícia Militar. (SILVA, 2011, p. 1).

Para Costa também não há óbice na expedição de busca e apreensão direcionada à Polícia Militar, bastando para isso a corporação estar exercendo atividade de manutenção da ordem pública:

Sendo toda a atividade de polícia, seja administrativa ou judiciária, pré-processual, não há óbice em que seja realizado o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar, quando no exercício de atividade de manutenção da ordem pública. (COSTA, 2010, p. 1).

No mesmo sentido, Nucci (2013, p. 546), para quem a separação das polícias é o principal ponto enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo um problema político, não pode resvalar no

direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita da prova.

Segundo Greco (2009, p. 66), a polícia deve utilizar de todos os meios lícitos que se encontram à sua disposição a fim de combater, efetivamente, a criminalidade, que a cada dia se moderniza. "(grifo nosso).

Nucci (2013, p. 545) acrescenta que "A doutrina diverge nesse aspecto, mas há a possibilidade excepcional de cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar, no interesse da justiça e da busca da verdade real. Trata-se de uma exceção viável e legal, mesmo porque, o policiamento ostensivo cabe à polícia militar, mas a polícia civil também executa, quando necessário."

Esclarece Foureaux (2012, p. 667), que, em relação ao cumprimento do mandado de busca e apreensão, no dia a dia operacional, nota-se que há certo desgaste entre a Polícia Civil e a Polícia Militar, sendo esta questionada por aquela quanto à competência para o cumprimento. Segundo o autor, não pode o conceito de autoridade policial oscilar de acordo com as convicções íntimas de cada autoridade. Ou é autoridade policial ou não é. Desse modo, defende o autor que a autoridade policial referida na legislação processual penal comum refere-se ao Delegado de Polícia e ao Oficial de Polícia Militar. Foureaux encerra seu posicionamento citando uma série de sumulas e acórdãos que autorizam o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar.

Em nossa análise, é perfeitamente cabível a autoridade de polícia Judiciária Militar requerer à Autoridade Judiciária a medida de caráter cautelar emergencial de busca e apreensão, haja vista o perigo da demora - *periculum in mora* -, mas acima de tudo, com o fim exclusivo de preservar a ordem pública, conforme § 5º do art. 144 da CF. A legalidade, então, decorre do exercício da atividade de polícia ostensiva e para preservar a ordem

pública, e não com o objetivo de atuar na investigação do delito; esta sim, atribuição da Polícia Judiciária.

2.9.2 Jurisprudências: No julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.481-1/MG, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal analisou a legitimidade da PMMG em adentrar domicílio, de posse do mandado de busca e apreensão domiciliar. Presentes os Ministros Marco Aurélio, Carlos Brito, Ricardo Lewandowski, Carmém Lúcia e Menezes Direito, por decisão unânime, constatou-se a legitimidade do adentramento, vez que com a ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes, a atuação da autoridade policial encontrava-se dentro do contexto da atribuição constitucionalmente lhe deferida:

HC n. 91.481-1/MG STF

*Habeas Corpus*

Relator: Min. Marco Aurélio

Julgamento: 24/10/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma.

Ementa: Penal. *Habeas Corpus*. Busca e apreensão – tráfico de drogas – ordem judicial cumprimento pela Polícia Militar. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a Polícia Militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizados. (BRASIL, 2008).

Motivando o seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do julgado, concluiu que a atuação da Polícia Militar ao cumprir mandado de busca e apreensão para o crime de tráfico de entorpecente ocorreu na tentativa de preservação da ordem pública:

[...]Pois bem, consta deste processo que houve a expedição de mandado de busca e apreensão em certo local, formalizado por órgão investido do ofício judicante, dando-se o cumprimento pela Polícia Militar. A atuação verificada é passível de ser classificada como polícia ostensiva e tentativa de preservação da ordem pública. Ao que tudo indica, expediu-se o mandado de busca e apreensão ante

a necessidade de adentrar-se em lugar onde os policiais militares, considerada a atividade ostensiva prevista na Carta da República, tinham conhecimento da prática do tráfico de entorpecentes. A rigor, não se pode cogitar de investigação propriamente dita, esta sim, de início, a cargo da polícia judiciária, que é a civil (BRASIL, 2008).

O Recurso Extraordinário n. 404.593/ES versa sobre eventual ofensa à lei ordinária e indiretamente à Carta Magna pelo cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar. A 2ª Turma, em unanimidade, conheceu, em parte, do recurso. A parte conhecida versava justamente sobre a legitimidade da Polícia Militar solicitar a medida ao Judiciário. A 2ª turma, assim como a 1ª, também entendeu que a corporação tem legitimidade quando se tratar de caráter emergencial, já que nestes casos, presta-se a medida à preservação da ordem pública, portanto atribuição lhe conferida pela Constituição Federal de 1988:

RE n. 404.593/ES STF

Recurso Extraordinário

Relator: Min. Cezar Peluso

Julgamento: 23/10/2009. Órgão  
Julgador: Segunda Turma.

Ementa: Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade.

Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. Se, para provar contrariedade à Constituição da República, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. 2. Ação penal. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem

pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do Art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar (BRASIL, 2009).

Em seu voto, o Ministro relator Cezar Peluso, concluiu que a atuação da Polícia Militar ao cumprir mandado de busca e apreensão para o crime de tráfico de entorpecente ocorreu na forma de preservação da ordem pública e, portanto, no âmbito de suas atribuições:

O cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar não fere os §§ 4º e 5º da Constituição Federal.

[...]

Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competência, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados à função de polícia judiciária. O mandado de busca e apreensão foi expedido em resposta à solicitação feita por comandante da Polícia Militar, em virtude da verificação de tráfico de drogas, na localidade, pelo Serviço Reservado da Companhia da Polícia Militar.

[...]

A ação como se vê, cabe no âmbito de atribuições conferidas à Polícia Militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública (BRASIL, 2009).

Ademais, segundo Foureaux o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 2010.047422-0, de Itapoã, sendo relator o Desembargador Irineu João da Silva, considerou que a PM pode também exercer as atividades de polícia judiciária, por não ser exclusiva da PC, nos seguintes termos:

Insurge-se o apenado (...) quanto à regularidade da interceptação telefônica, ao argumento de que a polícia militar não tinha competência para tanto,

sendo o “munus” restrito à polícia judiciária, entretanto, na tônica do que se assentou o nobre parecerista, cuja manifestação serve de embasamento para afastar a insurgência, “ não há vedação constitucional ou legal na realização, pela polícia militar, de escutas telefônicas autorizadas judicialmente, considerando que a polícia judiciária não é exercida, exclusivamente, pela polícia civil no âmbito estadual.” (FOUREAUX, 2012, p. 669).

Há muito que o STJ reconheceu a legitimidade da Polícia Militar para representar e cumprir a medida. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.236/RJ, a Quinta Turma do STJ, tendo como relator o Ministro José Dantas, julgou procedente a litude da solicitação e cumprimento da medida pela Polícia Militar:

HC n. 1.236/RJ STJ

*Habeas Corpus*

Relatora: Ministro José Dantas

Julgamento: 05/08/1991. Órgão  
Julgador: Quinta Turma.

Ementa: Processual penal. Inquérito policial. Busca e apreensão. Mandado judicial. Alertada por *notitia criminis* oriundo de órgão policial militar, não macula a busca e apreensão o cumprimento do respectivo mandado judicial pelo mesmo órgão, tanto mais que se seguiu a regular instauração do inquérito pela polícia civil, a qual foram entregues os bens APREENDIDOS (BRASIL, 1991).

Em seu voto o Relator Ministro Jose Dantas destacou a função maior atribuída constitucionalmente à Polícia Militar, que é a de combate ao crime, enfatizando que a PM não pode se furtar dos meios que lhe propicie alcançar a sua missão:

[...] decorrente da posse daqueles objetos, ditos como produto de roubo, encontrados no interior de sua residência e encontrados graças a diligente e oportuna iniciativa do comando do 11º BPM.

[...]

7. A demarcação em sede constitucional das atribuições das polícias militar e civil não se presta a inibi-las de sua função maior, de combate ao crime e não constitui a investigação como atividade estatal da *persecutio criminis*. As polícias são de igual modo o braço do Estado, e não podem se furtar a propiciar-lhe os meios ao seu alcance para consecução de seus fins.

[...]

10. descabida, portanto, a sugestão de invasão da PM na área de atuação da polícia judiciária, não só porque, além dela, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação (§ único do art. 4º do CPP) (BRASIL, 1991).

A 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Criminal n. 021.244-2, tendo como relator o desembargador Pedro Vergara, entendeu ter a Polícia Militar legitimidade para representar pela medida:

AC n. 021244-2 TJMG

Apelação Criminal

Relator: Des. Pedro Vergara

Julgamento: 14/06/2010 Órgão  
Julgador: 5ª Câmara Criminal.

Ementa: Direito processual penal - busca e apreensão pela polícia militar. Admissibilidade. a busca e apreensão não é diligência exclusiva da polícia civil, podendo ser requerida e executada, antes do inquérito, pela Polícia Militar, sem que se fale em ilicitude das provas com ela obtidas. Direito penal - tráfico de drogas - prova da imputação. Condenação confirmada - redução das penas. minorante do § 4º do art. 33 da lei nº 11.343/2006. I – Fartamente comprovada a conduta de ter em depósito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, drogas com o fim de vendê-las, impõe-se a confirmação da condenação do apelante. II - Se o

recorrente preenche os requisitos impostos pelo § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, devem ser reduzidas suas penas por força da minorante (MINAS GERAIS, 2010).

Em seu voto o desembargador relator Pedro Vergara salienta que a: [...] separação das polícias é o principal problema, mas tal situação, que é sobretudo política, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escoreita colheita da prova (MINAS GERAIS, 2010).

No dia 09/12/2010, a 7ª Câmara Criminal daquele mesmo Tribunal, também enfatizou a excepcionalidade da Polícia Militar executar funções investigatórias momentâneas, conforme ementa do HC n. 62418-8:

HC n. 62418-8 TJMG

*Habeas Corpus*

Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo

Julgamento: 09/12/2010. Órgão  
Julgador: 7ª Câmara Criminal.

Ementa: Tráfico de drogas - crime permanente - prisão em flagrante - prescindibilidade de mandado de busca e apreensão - viabilidade da polícia militar cumprir o referido mandado judicial - ausência de ilegalidade na prisão do paciente - liberdade provisória - óbice legal - vedação contida no art. 44 da lei 11.343/06 – justificativa hábil a amparar o indeferimento do pedido - decisão que indeferiu a liberdade provisória devidamente fundamentada também no art.312 do cpp - indícios de autoria e materialidade e necessidade de garantia da ordem pública - ordem denegada. - O tráfico de drogas trata-se de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, sendo dispensável mandado de busca e apreensão no caso de prisão em flagrante pela prática de tal delito. - A doutrina admite, excepcionalmente, a possibilidade da Polícia Militar executar funções investigatórias momentâneas, inclusive cumprimento de mandado

judicial de busca e apreensão, para colheita de provas, notadamente para evitar eventual perecimento. - O art. 44, da Lei 11.343/06 veda expressamente a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, tratando-se de fundamento hábil e suficiente para justificar o indeferimento do pedido. Precedentes do STF e STJ. - Ademais, não há que se falar em constrangimento ilegal se presentes requisitos autorizadores da prisão preventiva, mormente, no caso, indícios de autoria e a garantia da ordem pública, estando a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente devidamente fundamentada. - Habeas corpus denegado (MINAS GERAIS, 2010).

O desembargador relator justifica seu voto, legitimando a medida solicitada e cumprida pela Polícia Militar, citando o doutrinador Nucci (2009), que também tem o mesmo entendimento:

Todavia, não prospera a aludida pretensão, uma vez que, não obstante tal função não estar incluída dentre aquelas atribuídas precipuamente à polícia militar, em caráter excepcional, a doutrina admite a possibilidade desta executar funções investigatórias, inclusive dando cumprimento a mandado de busca e apreensão, notadamente para evitar eventual perecimento da prova, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci:

‘(...) A nós, parece que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Lógica não haveria em cercear a colheita da prova somente porque, em determinado momento, não há agentes da polícia civil disponíveis para a realização da busca, enquanto os militares estão presentes, propiciando a sua efetivação. Não deve, naturalmente, ser a regra, mas, trata-se de uma execução viável e legal. (...) Enfim, a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que, é sobretudo política, não

pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita de prova.'(MINAS GERAIS, 2010).

2.10 Orientações institucionais: Além dos documentos elaborados pela Polícia Militar de Minas Gerais, há também orientações conjuntas e/ou da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), devido à corporação fazer parte do sistema de defesa social.

Manual da Integração da Gestão em Segurança Pública (IGESP)

O item 3.6 do manual prevê ação estratégica articulada entre as Áreas Integradas de Segurança Pública e outros órgãos do sistema de defesa social:

A articulação entre o comando integrado das AISP's com promotores, juizes, representantes dos sistemas Prisional e Socioeducativo, além da Superintendência de Prevenção à Criminalidade, é fundamental para o sucesso das ações policiais. Esse inter-relacionamento deve resultar na formação de grupos especiais de intervenção estratégica para desenvolvimento de um trabalho sistemático de análise e monitoramento de casos específicos, considerados prioritários, que envolvam criminosos contumazes, quadrilhas e gangues, bem como para operações integradas a fim de que se constitua o cumprimento de mandados de busca e apreensão e mandados de prisão. Além disso, esse grupo contribui para monitorar o surgimento de novas lideranças no mundo do crime. (MINAS GERAIS, 2009, grifo nosso).

Verifica-se através do documento que o mandado de busca e apreensão se constitui numa importante ferramenta de prevenção criminal, atribuição conferida à PMMG pela constituição estadual.

2.10.2 Diretriz para a Produção de Serviços de Segurança Pública (DPSSP) n. 3.02.01, de 24 de agosto de 2009: Essa diretriz regula

procedimentos e orientações para a execução com qualidade das operações na Polícia Militar de Minas Gerais.

No item 3.5.2, há previsão específica sobre o uso da medida de busca e apreensão em operação policial militar de caráter repressivo:

São precedidas de levantamento de informações acerca de questões específicas, visando indicar, com maior precisão, eminente ou potencial risco de rompimento da ordem pública, as situações de flagrante delito e apoiar no cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão. As operações repressivas deverão ser executadas preferencialmente pelas Unidades e Frações especializadas ou de recobrimento, como fronteira, blitz de trânsito, batida policial, cumprimento de mandados de prisão, ocupação em aglomerados, dentre outras. Sempre que necessário, as operações repressivas devem ser precedidas de lançamento de policiamento velado, conforme normas em vigor, visando indicar, com maior precisão ao comandante das operações, as situações de flagrante delito. (MINAS GERAIS, 2009, 11-12, grifo nosso).

No referido documento, o comando da instituição prevê o uso da medida de exceção para obstar o rompimento da ordem pública. Essa orientação demonstra uma nítida preocupação do comando em utilizar a medida de exceção em consonância com as atribuições de preservação da ordem pública, constitucionalmente conferidas à Polícia Militar.

Memorando n. 31.161.2, de 15 de junho de 2005 do Estado Maior da Polícia Militar

Visando orientar os comandantes no âmbito da Polícia Militar de Minas Gerais, o comando da corporação expediu o Memorando n. 31.161.2/05-EMPM. O documento versou sobre os mandados solicitados pela Corporação estarem em consonância com o Código de Processo Penal de 1941. Alertou ainda os comandantes nos diversos níveis sobre o detalhamento de

informações que deveria ter a representação feita ao Poder Judiciário, explicitando detalhadamente todos os procedimentos necessários para se fazer a representação ao Poder Judiciário. Em menos de dois anos após esse memorando, o comando da corporação editou um novo documento, mais detalhado e bastante explicativo.

O Memorando n. 11.235.2, de 11 de maio de 2007-EMPM foi expedido diante da necessidade de complementação das orientações constantes do documento anteriormente editado. Salientou-se, mais uma vez, ainda persistir certa resistência de segmentos externa *corporis* em reconhecer a possibilidade de concessão da medida à PMMG.

O documento mais uma vez destaca aspectos legais e jurisprudenciais sobre o tema, alertando novamente para a excepcionalidade da medida, o que demonstra a contínua preocupação do nível estratégico da PMMG com a questão.

### 3. CONCLUSÃO

A legitimidade da Autoridade de Polícia Judiciária Militar requerer do judiciário mandado de busca e apreensão, nos casos de infração penal comum, ainda é controversa nos tribunais e na doutrina.

Por outro lado, as organizações criminosas estão cada vez mais organizadas e mais audaciosas. Pela rapidez com que ocorrem as ações criminosas, pelo princípio *do periculum in mora*, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar sempre procura, dentro dos limites legais, todas as formas possíveis de combater esse avanço da criminalidade, com o fim de manter e preservar a segurança pública, lembrando que essa autoridade é a responsável pela manutenção e preservação da Ordem Pública na sua Área de responsabilidade, ou seja, Área de responsabilidade territorial da Unidade.

Uma das formas de deter o avanço da criminalidade e manter a ordem pública,

utilizada pela PMMG, tem sido o requerimento ao poder judiciário do mandado de busca e apreensão.

O mandado de busca e apreensão oferece segurança jurídica ao policial, mesmo nos casos de crimes permanentes. Sendo assim, concordamos com Brandão (2013), no sentido de que adentrar no domicílio, ainda que existam fortes indícios, mesmo existindo prova contundente, seria muito temerário e totalmente desaconselhável ao policial. Daí a necessidade precípua da representação pelo mandado de busca e apreensão domiciliar por parte da Polícia Militar, como instrumento garantista, para que a atuação do policial esteja amparada legalmente, garantindo ainda que o policial não incorra em violação de domicílio ou abuso de autoridade, uma vez que o morador poderá facilmente ocultar ou desfazer das provas do crime.

Vale ressaltar que a concessão da medida cautelar de busca e apreensão deve atender os requisitos do art. 243 do CPP, além dos demais requisitos previstos nos artigos 245, 246, 247, 248 do mesmo código.

Noutro giro, o policial militar deve compreender bem o conceito e entendimento da expressão “dia”, além do conceito de “casa”; conciliando o cumprimento do mandado de busca e apreensão com a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando assim o princípio da inviolabilidade do domicílio - cláusula pétreia no nosso ordenamento jurídico - salvo ressalvas na própria Constituição da República.

Uma das poucas referências no ordenamento jurídico brasileiro, à capacidade postulatória em relação à medida, está estampada nos artigos 241 e 242, do CPP. Pelo enunciado dos artigos vê-se que não há uma posição nítida de quem efetivamente pode representar solicitando o mandado de busca e apreensão. Conclui-se também que o artigo não é *numerus clausus*, sendo apenas um rol exemplificativo de quem tem atribuição para cumpri-lo.

Por outro lado, a doutrina não é pacífica em relação à capacidade postulatória da Polícia Militar para solicitar mandado de busca e apreensão. Nesse sentido, Pitombo (2015) e Júnior (2010) entendem que a solicitação do mandado de busca e apreensão é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária. Por outro lado, há vários doutrinadores que entendem que a Polícia Militar é legítima para solicitar a medida, como por exemplo, Silva (2010), Costa (2010), Nucci (2013) e Foureaux (2012).

Em relação à Jurisprudência, várias decisões apontam a legitimidade da Polícia Militar em solicitar mandado de busca e apreensão nos casos de infração comum. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela legitimidade da Polícia Militar solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão, em caráter emergencial, na tentativa de preservação da ordem pública, portanto, no âmbito de suas atribuições.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente a litude da solicitação e cumprimento da mediada pela polícia militar destacando a função maior atribuída constitucionalmente à Polícia Militar, que é a de combate ao crime, enfatizando que a PM não pode se furta dos meios que lhe propicie alcançar a sua missão.

Por último, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também entende que a Polícia Militar é legítima para postular a medida em caráter de excepcionalidade, podendo executar funções investigatórias momentâneas.

Internamente, a PMMG, através de diretrizes e memorandos, reconhece que o mandado de busca e apreensão constitui-se numa importante ferramenta de prevenção criminal, atribuição conferida à instituição pela Constituição Estadual.

Por todo o exposto, conclui-se que o problema proposto no presente artigo foi respondido, uma vez que, conforme posicionamentos doutrinários e

jurisprudenciais, a Polícia Militar de Minas Gerais é legítima para requerer, do poder judiciário, a medida cautelar de busca e apreensão nos casos de infração penal comum, justificando o seu pedido na missão constitucional das polícias militares, insculpido no§5º, da Constituição da República, com o fim de preservação da ordem pública, portanto, no âmbito de suas atribuições.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 1. reimp. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

BONFIM, Edílson Mougnot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANDÃO, Welvisson Gomes. Verificação da legitimidade da Polícia Militar de Minas Gerais em representar ao judiciário solicitando mandado de busca e apreensão domiciliar na justiça comum. Monografia (Artigo). 97 fls. Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia de Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.. Acesso em 04 dez 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia de Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) . Acesso em 01 Dez 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia de Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui)

cao.htm>. Acesso em 01 Dez 2015 .

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma) Busca e apreensão, tráfico de drogas, ordem judicial cumprimento pela polícia militar. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a Polícia Militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizados [...]. Habeas corpus n. 91.481-1/MG. Paciente: Valdeci de Moura Delfino. Impetrante: Lindoval Marques de Brito. Relator: Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, n. 202, 24 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=202&dataPublicacaoDj=24/10/2008&incidente=2522240&codCapitulo=5&numMateria=34&codMateria=2>>. Acesso em: 05 Dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. [...]. Recurso extraordinário n. 404.593/ES. Recorrente: Ronaldo Belo de Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça, n. 200, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=200&dataPublicacaoDj=23/10/2009&incidente=2168092&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=3>>. Acesso em: 05 Dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). Recurso de Habeas Corpus Processual penal. Inquérito policial. Busca e apreensão. Mandado judicial. [...]. Habeas corpus n. 1.236/RJ. (1991/0010556-2). Recorrentes: José Cláudio Marques Barboza e outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Marco Aurélio da Silva Cordeiro. Relator Ministro José Dantas, Diário da Justiça, 05 ago. 1991. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199100105562&dt\\_publicacao=05-08-](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100105562&dt_publicacao=05-08-)

91&cod\_tipo\_documento=>. Acesso em: 05 Dez. 2015.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. Mandado de busca e apreensão: cumprimento por PM, ilicitude. Sindicato dos Delegados de Polícia Civil do Espírito Santo, Vitória, 2011. Disponível em: <[http://www.sindelpo.com.br/delpoli/index.php?option=com\\_content&view=article&id=314:mandado-de-busca-e-apreensao-cumprimento-por-pm-ilicitude&catid=6:artigos&Itemid=9](http://www.sindelpo.com.br/delpoli/index.php?option=com_content&view=article&id=314:mandado-de-busca-e-apreensao-cumprimento-por-pm-ilicitude&catid=6:artigos&Itemid=9)>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do estado e da constituição. 10. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Rafael Monteiro. O cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar na atribuição constitucional de manutenção da ordem pública. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2.907, set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19309>>. Acesso em: 05 Dez. 2015.

FILHO, Jose Celso de Melo. Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FOUREAUX, Rodrigo. Justiça Militar: aspectos gerais e controversos. 1ª edição – 3. Tiragem (Revisto). São Paulo: Editora Fiuza, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Limites da inviolabilidade do advogado - Lei n. 11.767/2008. [S. l.] 21. mai. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1076221/limites-da-inviolabilidade-do-advogado-lei-n-11767-2008>> Acesso em: 08 Dez. 2015.

GRECO, Rogério. Atividade Policial. Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. Niterói: Impetus, 2009.

JÚNIOR, José Carvalho dos Reis. Da

ilegalidade de busca e apreensão realizada exclusivamente pela Polícia Militar. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17443/dadilegalidade-de-busca-e-apreensao-realizada-exclusivamente-pela-policia-militar#ixzz2YgtUFTqY>>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2009, p 136.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando Geral. Memorando n. 31.161.2, de 15 de junho de 2005. Mandado de busca e apreensão. Belo Horizonte, 2005.

\_\_\_\_\_. Polícia Militar. Comando Geral. Memorando n. 11.235.2, de 11 de maio de 2007-EMPM. Mandado de busca e apreensão. Belo Horizonte, 2007.

\_\_\_\_\_. Polícia Militar. Comando Geral. Diretriz para Produção de Serviços de Segurança Pública n. 3.02.01, de 24 de agosto de 2009: Regula procedimentos e orientações para a execução com qualidade das operações na Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Militar. (5ª Câmara Criminal.). Direito processual penal - busca e apreensão pela polícia militar. Admissibilidade. [...]. Apelação Criminal n. 1.0142.08.021244-2/001. Apelante(s): Everton Rodrigues De Souza. Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais. Relator: Des. Pedro Vergara, Diário da Justiça, 14 jun. 2010. Disponível em: <[INBRADIM | 1º SEMESTRE DE 2016](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudenciapesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=pela%20POL%20CDCIA%20MILITAR,%20sem%20que%20se%20fale%20ilicitude%20provas&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em:</p>
</div>
<div data-bbox=)

05 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Militar. (7ª Câmara Criminal). Tráfico de drogas - crime permanente - prisão em flagrante - prescindibilidade de mandado de busca e apreensão - viabilidade da polícia militar cumprir o referido mandado judicial - ausência de ilegalidade na prisão do paciente. Habeas corpus denegado [...] Habeas Corpus n. 1.0000.10.062418-8/000. Paciente(s): Odair José dos Santos. Autoridade coatora: JD 3 V CR Comarca Juiz Fora. Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo, Diário da Justiça, 09 dez. 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=prescindibilidade%20mandado%20busca%20e%20apreens%20e%20%20viabilidade%20pol%20militarpesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado e Defesa Social (SEDS). Manual de Integração da Gestão em Segurança Pública (IGESP). Belo Horizonte, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.137.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 604 p.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Valentim. Da busca e apreensão no processo penal. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Gilmar Luciano Prática. Prática forense para o juiz militar. Belo Horizonte: Inbradim, 2013, p. 101.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 437-338.

SILVA, Júlio César Ballerini. Notas a respeito da atuação da atividade de corregedoria de polícia judiciária: mandados de busca e Polícia Militar. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3.103, 30dez.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20761>>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Conceito de Autoridade Policial. Disponível em: <[blogdodelegado.wordpress.com/conceito-o-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/](http://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-o-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_ **GONÇALVES DOS SANTOS**, Wolber Eustáquio. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva Ferreira, em 2006. Habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil-MG. Especialista em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e Fundação João Pinheiro, em 2006. Major da Polícia Militar de Minas Gerais. Pós graduando em Direito Penal e Processo Penal Militar pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2346365717855583>. Endereço Eletrônico: wolbersanto@oi.com.br



## CASAL DE MILITARES: LEI MARIA DA PENHA E A APLICAÇÃO DE SEUS INSTITUTOS PROTETIVOS AO DIREITO CASTRENSE



DR JORGE CESAR DE ASSIS

### CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS À INTRODUÇÃO AO TEMA:

Alguns fatores podem ser elencados como motivadores da edição da chamada Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 07.08.2006. O ponto marcante foi o caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que em maio de 1983 foi vítima de seu marido, um professor universitário, sendo alvejada por ele enquanto dormia, ficando tetraplégica em consequência das sequelas sofridas e demonstrando com isso que a violência contra a mulher atinge todas as classes sociais<sup>20</sup>. Por

<sup>20</sup> Perfil da vítima: De um universo de 50 casos (restrito portanto) cadastrados pelo Serviço Social do Ministério Público na Comarca de Camboriú-SC entre 2008-2009, 82% compareceu à audiência judicial de instrução e julgamento; 54% compareceu desacompanhada de advogado; 34% eram solteiras, 16% casadas, 12% em união estável, 14% separada, 4% divorciadas e 4% viúvas; 30% tinham ensino fundamental incompleto e 6% completo, 12% ensino médio incompleto e 16% completo, 6% ensino superior completo e 6% incompleto. *Apud* GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. **Lei Maria da Penha**, Curitiba: Juruá,

conta desse triste episódio, o relatório 54, de 2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, responsabilizou o Brasil por omissão às infrações de Direitos Humanos.

Apesar de ser crime e grave violação de direitos humanos, a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras reiteradamente: 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões

diariamente; para 35%, a agressão é semanal. Esses dados foram revelados no Balanço dos atendimentos realizados em 2014 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR).

Em relação ao momento em que a violência começou dentro do relacionamento, os atendimentos de 2014 revelaram que os episódios de violência acontecem desde o início da relação (23,51%) ou de um até cinco anos (23,28%).

Em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 envolvendo tráfico (0,26%).

Dos atendimentos registrados em 2014, 80% das vítimas tinham filhos, sendo que 64,35% presenciavam a violência e 18,74% eram vítimas diretas juntamente com as mães<sup>21</sup>.

Dentre os precedentes importantes para a edição da Lei Maria da Penha, registrem-se: em 1995, o Brasil assina e ratifica 2 convenções internacionais, sobre a *Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher e, a Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher* (Convenção de Belém do Pará); em 2002 é sancionada a lei 10.445, que alterou o parágrafo. único do art. 69, da lei 9099/95, possibilitando ao juiz, “em caso de violência familiar, determinar cautelarmente o afastamento do agressor do domicílio” e; em 2004 foi sancionada a lei 10.886, acrescentando os §§ 9º e 10º, ao art. 129, do CP, tipificando a lesão decorrente de violência doméstica.

Para o melhor entendimento da matéria, anote-se que a lei Maria da Penha é uma lei mista, tratando de *aspectos penais* (majorando a pena na legislação penal comum); *processuais* (ditando ritos para os processos); *tutelares* (editando medidas protetivas).

**A LEI E SUA FINALIDADE:** A Lei Maria da Penha traz em seu bojo a violência de gênero, violência essa dirigida especialmente contra a mulher, retratada, via de regra, pela violência doméstica. Esta *violência de gênero* é ampla e abrange todas as formas de submeter a mulher a sofrimento *físico, sexual e psicológico*, aí incluídas todas as formas de ameaças. Portanto, sua finalidade foi a criação de mecanismos para coibir e prevenir a *violênciadoméstica e familiar* contra a *mulher*.

<sup>21</sup> **Dados nacionais da violência contra mulheres.** Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>; acesso em 03.10.2015.

Tentando estabelecer paralelos entre a legislação penal comum e a militar, veremos que a *violência física* pode ser encontrada no CP comum em seu art. 129, § 9º e 11, com tipificação também no Código Penal Militar - CPM, art. 209 (lesão corporal) e 210 (lesão culposa). Engloba, igualmente, crimes dolosos contra a vida da mulher, destacando-se no CP comum, o art. 121, § 2º-A (feminicídio) e 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), tipificados também no CPM, nos artigos 205 e 207.

Da mesma forma, a violência sexual é tratada no CP comum, nos crimes contra a dignidade sexual, estupro (art. 213); violência sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-A); estupro de vulnerável (art. 217-A); corrupção de menores (art. 218) e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A). Quando praticada por qualquer ente familiar (pai, marido, namorado ou companheiro) tem sua pena aumentada da metade, de acordo com o art. 226, II, do CP.

O CP Militar também prevê esse tipo de violência, tipificando o estupro (art. 232); o atentado violento ao pudor (art. 233) e a corrupção de menores (art. 234).

Em relação à violência psicológica, o que se verifica no texto da lei é um conceito amplo que pode englobar outras formas de violência: *qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição de auto-estima ou que lhe perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.*

A violência patrimonial visa subordinar a mulher ao agressor, economicamente, impedindo-a de ser livre. Em relação a

isso, tomando-se por base o CP comum é possível questionar-se a atual efetividade da *possibilidade de isenção de pena* (CP, art. 181) nos crimes patrimoniais contra a mulher. Por esse prisma, poder-se-ia, então, concluir que o art. 183 do mesmo diploma apresentasse incompleto, tutelando apenas o idoso.

A violência patrimonial no CP Militar está retratada pela previsão do furto simples (art. 240); do dano simples (art. 259); da apropriação indébita (art. 248) e do estelionato (art. 251)

Finalmente, a violência moral está ligada ao desrespeito à dignidade da mulher, e é reprimida pelos dois códigos quando tipificam a Calúnia: CP, art. 138 – CPM, art. 214; a Difamação: CP, art. 139 - CPM, art. 215 e a Injúria: CP, art. 140 – CPM, art. 216.

#### ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA

**LEI MARIA DA PENHA:** Argumenta-se haver uma aparente contradição entre o objeto da Lei Maria da Penha e a dicção da norma constitucional, visto que de acordo com o seu art. 1º [...] *cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226 da Constituição Federal [...]*, enquanto que pelo § 8º, do art. 226 da Carta Magna o Estado assegurará [...] *a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações[...]*. Se a expressão “cada um dos que integram a Família” não se esgota na mulher como objeto de tutela, não se pode negar que o Estado também proveu proteção especial à criança e ao adolescente, e ao idoso.

Da mesma forma há quem a considere inconstitucional, por dirigir-se tão somente à proteção da mulher. Há quem a considere uma manifestação do chamado Direito Penal Simbólico, sem qualquer resultado prático efetivo, como a edição da lei que criou a figura do feminicídio<sup>22</sup>, a aumentar, tão-somente, o cipoal legislativo que assola o país.

<sup>22</sup>

CABETE, Eduardo Luiz Santos.

O Supremo Tribunal Federal, em razão da propositura da ADC 19<sup>23</sup> e da ADI 4.424<sup>24</sup>, decidiu que não há violação do princípio da igualdade pelo fato da lei ser voltada a proteger apenas a mulher. Decidiu, ainda que, na inexistência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais comuns acumularão as competências cíveis e criminais decorrentes da LMP. Assentou que aos casos de crimes decorrentes de violência doméstica, não se aplica a Lei 9.099/95, dessa forma, toda lesão corporal (leve ou culposa)<sup>25</sup>, é de ação pública incondicionada<sup>26</sup>.

Enfim, os artigos 12, I e 16, não foram declarados inconstitucionais, apenas lhes foi dada interpretação conforme a CF, confirmando que devem ser

*Feminicídio. Aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. Revista Jurídica Consulex* n. 439, Brasília-DF, 1º.05.2015, pp. 34-45.  
<sup>23</sup>

Proposta pela Presidência da República, que tinha como objetivo declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da LMP.

<sup>24</sup> Proposta pelo Procurador-Geral da República, para dar interpretação conforme aos artigos. 12, I, 16 e 41, assentando a natureza INCONDICIONADA da ação penal, em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, nos casos de violência doméstica.

<sup>25</sup> STJ: a 6ª Turma **rechaçou a aplicação do princípio da insignificância em caso de agressão doméstica contra a mulher**, mantendo a pena de 3 meses e 15 dias, em regime aberto, imposta a um homem que agrediu sua companheira com socos e empurrões. (14.07.2015)

<sup>26</sup> O STF, em sede de Reclamação (RCL 19.525), cassou acórdão do TJRS que, **em razão do desinteresse da vítima no prosseguimento da ação penal**, manteve absolvição de homem acusado de agredir a companheira. Asseverou que no julgamento da ADI 4424, decidiu que a ação penal relativa a violência doméstica é pública incondicionada (07.07.2015).

interpretados conforme o art. 41 da LMP.<sup>27</sup>

**QUEM É O AGRESSOR, QUEM PODE SER VÍTIMA, SEGUNDO A LEI MARIA DA PENHA:** A Lei Maria da Penha demarcou o sujeito passivo (mulher) e deixou em aberto o sujeito ativo (que pode ser inclusive outra mulher).

A constituição da Família não mais depende exclusivamente do matrimônio (surge da união estável e da relação monoparental, conforme o art. 226, §§ 3º e 4º, da CF); a maior tolerância da sociedade reconheceu a união entre homossexuais como entidade *familiae*, derrubando, por completo os antigos supostos caracterizadores da entidade familiar. A ideia de família, portanto, ultrapassou os limites rigorosamente formais (baseados nos documentos, registro civil) para se cimentar nas relações de afeto.

É bom que se diga que a lei se funda, prioritariamente, na ideia de violência de gênero, aquela perpetrada contra a mulher motivada pela desigualdade e pela intenção de subjugar a vítima ao poder do agressor.

Com base nisso, pode-se imaginar algumas hipóteses de incidência ou não da Lei Maria da Penha às pendengas entre casais diversos:

**União homoafetiva** (companheira bate na companheira) : incide a Lei Maria da Penha.

**Vítima travesti - vítima transexual:** Para se responder a esta indagação será necessário ter em conta a ampliação do conceito de família, lembrando que objetivo da Lei é tutelar a 'mulher'. Considerar que quando a lei fala em relações pessoais, refere-se à relação entre agressor e vítima e, a orientação sexual independente de que tanto se fala é a do agressor. O travesti não tem nenhuma característica

<sup>27</sup> **STJ, Súmula 542:** A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Terceira Seção, aprovada em 26/8/2015, DJE 31/8/2015.

biológica da mulher e portanto, em relação a ele não se aplicaria a Lei. Já em relação ao transexual, declarado mulher pela Justiça, e documentado como tal, iremos encontrar duas posições: 1. considerando-se o aspecto estritamente jurídico, aplica-se a LMP<sup>28</sup>; 2. Não se aplica<sup>29</sup>.

**Delito contra a honra, envolvendo irmãos:** não configura hipótese de incidência da LMP, que tem como objeto a mulher em uma perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica (STJ, CC 88.027-MG).

Questão problemática que se apresenta é em relação àquela agressão praticada pelo ex-marido ou antigo companheiro/namorado. Verifica-se, aqui, um pecadilho cometido pelo legislador no art. 5º, III, da LMP, visto que, de forma geral, não se pode compreender o fato da agressão "na relação íntima de afeto" por quem não mais conviva com a vítima. A separação das pessoas, com exceção de certas contingências que as obrigam a isso, é, por regra, marcada pelo fim da relação afetiva.<sup>30</sup>

**VIOLÊNCIA DA MULHER PRATICADA CONTRA O HOMEM:** Uma discussão que se apresenta igualmente, é a da possibilidade de aplicação dos institutos da Lei Maria da Penha em favorecimento do homem, agora tido como vítima, e não mais como agressor.

<sup>28</sup> CABETE, Eduardo Luiz Santos. *Feminicídio. Aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro*.....p. 36.

<sup>29</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. **Lei Maria da Penha**, Curitiba: Juruá, 2014.p.51.

<sup>30</sup> Nesse sentido, de que tratando-se de caso entre ex-namorado, não cabe aplicação da Lei Maria da Penha, vide STJ: CC 91.980 e CC 94.447. O Tribunal considerou que, nos dois casos, o relacionamento ficou apenas na fase de namoro, simples namoro, que, sabe-se, é fugaz muitas das vezes.

Respondendo afirmativamente encontramos Marcos José Pinto, para quem pode haver analogia, e se ter, de modo inverso, o homem como vítima de violência doméstica ou familiar, com a aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, já que o maior sujeito de direitos, objeto de uma lei, não é a pessoa em razão de seu sexo, mas o ser humano, que é vítima de violência, independentemente de seu gênero<sup>31</sup>.

Em posição isolada é bom que se diga, mas a Justiça já decidiu dessa forma. Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "se a mulher usa a violência como forma de imposição de poder em relação ao homem, as medidas protetivas da LMP podem favorecê-lo, impondo-se analogia *in bonam partem*"<sup>32</sup>

Da mesma forma, um rápido passeio pela internet irá demonstrar, extreme de dúvidas, que a violência não é privilégio masculino. Verifiquemos as seguintes manchetes: *Mulher incendia a própria casa após brigar com o marido e acertá-lo com um martelo em Manaus*<sup>33</sup>; *Mulher dispara 12 tiros contra o ex-namorado nos ingleses, em Florianópolis*<sup>34</sup>; *Médica que mandou cortar pênis do ex-noivo vai para prisão domiciliar em MG*<sup>35</sup>; *Viúva de diretor da*

<sup>31</sup> PINTO, Marcos José. **A Lei Maria da Penha pode ser aplicada quando o homem for a vítima?** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/22194/a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-quando-o-homem-for-a-vitima>

<sup>32</sup> TJMG, ApCrim 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, 06.11.2007.

<sup>33</sup> Disponível em [http://acritica.uol.com.br/manaus/Mulher-incendeia-propria-martelo-Manaus\\_0\\_1275472450.html](http://acritica.uol.com.br/manaus/Mulher-incendeia-propria-martelo-Manaus_0_1275472450.html) acesso em 03.10.2015.

<sup>34</sup> Disponível em <http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/s-c/policia/noticia/2014/11/mulher-dispara-doze-tiros-contr-ex-namorado-nos-ingleses-em-florianopolis-4644504.html> acesso em 03.10.2015.

<sup>35</sup> Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultima-s-noticias/2015/03/26/medica-que-mandou-cortar-penis-de-ex-noivo-vai->

YOKI confessa ter matado e esquartejado o marido<sup>36</sup>, para ficarmos apenas nas mais recentes.

Vídeo disponível no canal Youtube mostra as imagens de uma sargento da PM de Minas Gerais matando o namorando, também sargento da mesma corporação, a tiros de pistola, em uma churrascaria, após uma briga entre o casal, onde a mulher foi inicialmente agredida a socos, saiu do estabelecimento, e depois retornou para o desfecho trágico<sup>37</sup>.

A violência, portanto, atinge a todos, independentemente de sexo ou opção sexual, ainda que em razão de um ou de outra, possa ocorrer maior ou menor escala.

**MULHERES MILITARES, SÃO SEMPRE A PARTE MAIS FRACA?** A partir de agora passamos a centrar diretamente no objeto desta análise. Trata-se de responder se a mulher militar enquadra-se no perfil daquela tutelada pela Lei Maria da Penha, e se o avanço da mulher - diga-se, legítimo - na carreira militar a torna incompatível com aquela tutela e, se uma vez tutelada, isto implicaria em uma incompatibilidade com a própria vida militar.

Em relação ao ingresso das mulheres na carreira das armas, nas FFAA a Marinha foi pioneira em admitir mulheres em seus quadros (1980). O Corpo Feminino da Reserva da FAB foi criado em 1981, sendo que no Exército, o ingresso se deu a partir de 1991.

Inicialmente executavam apenas atividades administrativas. Nos dias atuais, exercem também funções de

[para-prisao-domiciliar-em-mg.htm](#) acesso em 03.10.2015.

<sup>36</sup> Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/viuv-a-confessa-ter-matado-e-esquartejado-executivo-da-yoki/> acesso em 03.10.2015.

<sup>37</sup> **Imagens mostram sargento da PM matando o namorado em Minas Gerais**, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Z40CeRgUXXE>, acesso em 27.09.2015.

comando<sup>38</sup>. Participam das Operações de Garantia da Lei e da Ordem, cada vez mais comuns no país e, inclusive, de missões internacionais nas Forças de Paz da ONU.

A situação é semelhante nas forças auxiliares. Na PM de São Paulo, foi criado o Corpo de Policiamento Feminino em 1955, por ato do então Governador Jânio Quadros. Na PM do Paraná a P Fem foi criada em 1979 e, em Minas Gerais, em 1981.<sup>39</sup>

Pode-se afirmar que, em 1984, com a alteração do DL-667/69, foi que instituiu-se o embasamento legal para inclusão das mulheres nas forças estaduais (§ 2º, do art. 8º).<sup>40</sup>

<sup>38</sup> A capitão-de-mar-e-guerra Dalva Maria Carvalho Mendes, foi a primeira mulher brasileira a se tornar oficial general. Em cerimônia realizada no Palácio do Planalto, em data de 23.07.2014, ela foi promovida a Contra-Almirante, tendo ingressado na Marinha, na primeira turma do Corpo Auxiliar Feminino de oficiais, em 1.981.

<sup>39</sup> É cada vez mais comum mulheres comandantes nas PMs brasileiras. A Polícia Militar de Alagoas oficializou, no dia 10.10.2014, a troca de comando das unidades da capital e do interior do estado. Quatro mulheres militares foram nomeadas entre os 44 cargos de comandos. A cerimônia foi realizada no quartel da PM, localizada no bairro do Centro e conduzida pelo comandante geral cel. Marcus Aurélio Pinheiro. A Major Fátima do Valle assumiu o 2º Batalhão de Polícia Militar (BPM), em União dos Palmares, na Zona da Mata. A Major Rita de Cássia assumiu a chefia de Seção Técnica de Ensino. A capitã Martins Lucena passou a comandar o setor de Procedimentos Ordinários da Seção de Polícia Disciplinar da Corregedoria e a Major Crisely Souza foi nomeada subdiretora do Serviço de Enfermagem da Diretoria de Saúde da Polícia Militar.

<sup>40</sup> **Decreto Lei 667, de 02.07.1969, art. 8º, § 2º**: Os Estados, Territórios e o Distrito Federal poderão, se convier às respectivas Polícias Militares: (Redação dada pelo Del 2.106, de 6.2.1984) a) **admitir o ingresso de pessoal feminino** em seus efetivos de oficiais e praças, para atender necessidades da respectiva

Desnecessário lembrar que tanto as Forças Armadas quanto as Polícias e Corpos de Bombeiros Militares são fundadas em dois pilares: disciplina e hierarquia, e dessa forma, a identidade coletiva dos militares é marcada pela oposição entre o militar e o civil. Nesse sentido, "as mulheres nessas instituições devem se constituir em militares e não em mulheres militares"<sup>41</sup>.

Portanto, a condição de militar diferencia a mulher militar em relação às demais. A submissão ao estresse físico e psicológico, aos riscos da profissão, à cobrança do dia a dia e à cultura militar fazem da mulher militar - na expressão de Marcus Vinicius Souto Graciano - um ser especial<sup>42</sup>.

Ademais, por força de lei, os (as) militares estaduais [e federais] são obrigados a enfrentarem o perigo e ainda se for o caso a morrerem no cumprimento do dever, o que se denomina 'tributo de sangue'<sup>43</sup>, circunstância especialíssima que Allan Cesar Macena cunhou de princípio da disponibilidade da vida<sup>44</sup>, comum aos

Corporação em atividades específicas, mediante prévia autorização do Ministério do Exército; (Redação dada pelo Del 2.106, de 6.2.1984)

<sup>41</sup> TAKAHASHI, Emilia Emi, **Homens e mulheres em campo: um estudo sobre a formação de identidade militar**. Tese de Doutorado em Educação - Faculdade de Educação da Universidade de Campinas - UNICAMP, 2002.

<sup>42</sup> GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. **Aplicação da Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha - nas relações afetivas envolvendo casal de militares**. Trabalho de Conclusão do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, 2012. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo/ads/docs/monomarcusvinicius.pdf> acesso em 03.10.2015.

<sup>43</sup> ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **A necessidade da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito**. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo/ads/docs/necessidadejme.pdf> acesso em 03.10.2015.

<sup>44</sup> CESAR, Allan. **A Disponibilidade da vida como princípio alicerce do militar**. Revista Direito

militares quando do ingresso na corporação<sup>45</sup>.

Um rápido passeio pelas PMs brasileiras irá demonstrar um número cada vez maior de mulheres nas forças especiais dessas corporações, como Ana da Silva, Bianca Cirillo, Ana Paula Monteiro e Marlisa Neves, as únicas quatro mulheres no Batalhão de Operações Especiais – BOPE, do Rio de Janeiro<sup>46</sup>; Claudia, Edmeiry, Denise e Vânia, integrantes do Batalhão de Polícia de Choque - BPCChoque, do Rio Grande do Norte<sup>47</sup>; e Anahy, a primeira mulher a assumir o Comando de um pelotão da Rondas Ostensivas Tático Móvel – ROTAM, do Paraná<sup>48</sup> dentre outras.

Responsáveis pela Defesa da Pátria, de sua soberania e Instituições, e também pela ampla, nobre e difícil missão de preservação da ordem pública, as

Militar nº 101, Florianópolis-SC, maio/junho de 2013.

<sup>45</sup> **Portaria Normativa do Ministério da Defesa 660**, de 19.05.2009, Art. 176, V – **Compromisso à Bandeira**: Incorporando-me à Marinha do Brasil (ou ao Exército Brasileiro ou à Aeronáutica Brasileira) / prometo cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado / respeitar os superiores hierárquicos / tratar com afeição os irmãos de armas / e com bondade os subordinados / e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria / cuja honra, integridade e instituições / **defenderei com o sacrifício da própria vida**”. As Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares têm juramento semelhante.

<sup>46</sup> **Batom na Caveira**, disponível em

<http://www.conesulnews.com.br/brasil-mundo/batom-na-caveira-uma-conversa-com-as-unicas-4-mulheres-do-bope> acesso em 27.09.2015.

<sup>47</sup> **Batom na Tropa de Elite**, disponível em <http://maximusrn.blogspot.com.br/2010/10/batom-na-tropa-de-elite.html> acesso em 27.09.2015.

<sup>48</sup> **Mulher assume pela primeira vez o comando de um pelotão da ROTAM**, disponível em <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=84827> acesso em 27.09.2015.

mulheres militares encontram-se em pé de igualdade com os homens nas mesmas condições. Parece, ao menos é a impressão que se tem, que esta mulher não se amolda ao perfil daquela tutelada pela Lei Maria da Penha.

A medida mais recente em favor da igualdade das mulheres no meio militar foi a apresentação do Projeto de Lei - PL 213/2015, que acrescenta um segundo parágrafo, ao art. 1º da Lei 4.375/1964 – Lei do Serviço Militar.<sup>49</sup>

Pelo PL, as mulheres ficam isentas do Serviço Militar em tempo de paz, garantindo-se a elas a prestação voluntária desse serviço, de acordo com suas aptidões, desde que manifestem essa opção de apresentação prevista no art. 13 da LSM.

Para a Senadora Vanessa Graziottin (PCdoB-AM), relatora do Projeto de Lei, “Não existe qualquer estudo científico que comprove inferioridade das mulheres em relação aos homens capaz de justificar a impossibilidade de atuarem com amplitude nas FFAA”.

A senadora aduz que o avanço da tecnologia permitiu a evolução dos armamentos, tornando-os cada vez mais leves e automáticos. Assim, deixa de ser plausível o argumento de que falta à mulher força física, como impeditivo para figurar nos campos de batalha.

Esta igualdade, este advento a missões perigosas, cumpridas diuturnamente, parecem afastar da mulher militar o estigma da fraqueza ou debilidade. Ao menos em um primeiro momento, mas vamos em frente.

**CASAL DE MILITARES E A OCORRÊNCIA DE CRIME NO AMBIENTE DOMÉSTICO - TEORIAS EXISTENTES**: Na doutrina é possível encontra-se três teorias a respeito da questão.

<sup>49</sup> Vide MELO, Livia Aragão de. *A necessidade de novas regras para o ingresso das mulheres no serviço militar*. **Revista Jurídica Consulex** n. 442, Brasília, junho de 2015, pp.16-17.

Pela primeira, qualquer fato delituoso ocorrido entre casal militar da ativa (tendo o marido ou mulher por agente) seria crime militar, por força do art. 9º, II, ‘a’, do CPM, e, dessa forma não se aplica a LMP. A tese privilegia a Justiça Militar. Não há que se falar na mulher como parte mais fraca a merecer tutela especial, sendo que independe do local onde se cometa a infração.

Defendem-na: Enio Luiz Rosseto, por entender que o conceito de crime militar é *ex vis legis*, impondo-se que se atenda à lei<sup>50</sup>; Guilherme de Souza Nucci, que não vê diferença se o militar marido lesiona a militar esposa dentro do quartel ou dentro da residência comum do casal. Afirma tratar-se de crime militar, mas reconhece a tendência de se deixar fora do âmbito militar as agressões existentes no cenário doméstico<sup>51</sup>; também Adriano Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas, para quem o argumento da tutela constitucional da família deve ser tomado juntamente com o da dignidade humana, e ambos reforçarão, isto sim a constitucionalidade da letra ‘a’, do inciso II, do art. 9º, do CPM, à agressão da esposa ou companheira contra o marido, ou entre companheiros do mesmo sexo. Concordam, no entanto, que no caso de violência praticada pelo marido contra a esposa, companheiro contra companheira, a questão é um pouco mais complexa, tendo em vista que a Lei Maria da Penha foi criada para ser aplicada nesses casos<sup>52</sup>.

É uma teoria intransigente, convenhamos. Nem todo fato delituoso ocorrido entre militares constitui crime militar. A caracterização do crime militar não se resume a este dado objetivo, autor e vítima serem militares da ativa, devendo ser considerada a efetiva

<sup>50</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.109.

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.44.

<sup>52</sup> FREITAS, Ricardo; MARREIROS, Adriano e ROCHA, Guilherme. **Direito Penal Militar**. Teoria crítica & prática. São Paulo: Editora Método, 2015, p.112.

ofensa à instituição militar, que os defensores da 1ª teoria preferem passar ao largo. Com efeito, levada à risca, ou seja, aceita a ideia que uma lesão corporal causada pelo marido militar, dentro de casa, contra a mulher militar, por um motivo doméstico constitui crime militar implica em aceitar que, mesmo no seio de seu lar, o cônjuge (companheiro) de menor posto ou graduação tenha que pedir permissão para sentar-se ou retirar-se da mesa já que isto é uma regra essencial da disciplina prevista nos regulamentos de honras e sinais de respeito, e sua violação constitui transgressão. Imagine-se na hora de partilhar do mesmo leito?

Pela segunda teoria, defendida, p.ex., por Murillo Salles Freua, aceitar que o CPM e o CPPM devem ser aplicados para resolver problemas da intimidade e da vida privada do militar, sem nenhuma relação com a regularidade militar, pode gerar danos irreparáveis à regularidade da instituição família<sup>53</sup>, e assim, ainda que o fato seja cometido entre militares da ativa, se a mulher for a vítima, o crime seria comum, sempre, aplicando-se totalmente a Lei Maria da Penha; é a posição também de Célio Lobão, ao lecionar que se a ocorrência diz respeito à vida comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexo para a disciplina, permanecerá no âmbito da jurisdição comum<sup>54</sup>. Exclui a Justiça Militar. A demonstração da evolução das atividades da mulher nas Forças militares, e também do seu grau e capacidade de defender-se ou causar dano ao cônjuge (companheiro), também faz com que essa teoria se mostre intransigente, e até mesmo fora da realidade, pois a mulher objeto de tutela da Lei Maria da Penha é aquela que se apresenta de maneira desigual e

subjugada pelo poder do agressor, salvo raras hipóteses, não será a mulher militar.

Finalmente, pela terceira teoria, via de regra os fatos delituosos acontecidos entre casal de militares tratam-se de crime militar impróprio, por isso aplica-se a LMP na sua parte protetiva. É uma teoria que concilia a aplicação da lei pela Justiça Militar, ou seja, em alguns casos (não todos), tratar-se-ia de crime militar, a ser processado e julgado pelo Conselho de Justiça, mas a todo tempo poderiam ser aplicadas as medidas protetivas, seja pelo Juiz-Auditor (Juiz de Direito), seja pelo Conselho de Justiça. É a posição apresentada por Abelardo Júlio da Rocha<sup>55</sup>.

Ficamos com a terceira teoria, muito mais consentânea com a realidade dos fatos e com os ditames constitucionais vigentes.

Independente disso, há que se ressaltar que a aplicação da teoria conciliadora passa, necessariamente, pela correta classificação do que seja crime militar, que enseja aceitarmos tratar-se de uma tipicidade indireta<sup>56</sup>. Alguns passos são fundamentais frente a ocorrência de um fato delituoso que tenha ocorrido entre um casal de militares:

1º - verificação se o fato em análise está descrito na Parte Geral do CPM;

2º - se positivo, verificação se aquele fato se enquadra em uma das várias hipóteses do art. 9º, do CPM. Em sendo negativa a resposta, de crime militar não se trata;

3º - Ainda que positiva a verificação, necessário perquirir da existência de

alguma causa excludente de criminalidade, pois o tipo legal indicia a antijuridicidade.

4º - por fim, inexistindo excludentes a descaracterizar a ilicitude do fato, importa analisar a **efetiva ofensa** à instituição militar considerada, como elemento determinante da caracterização de crime militar.

Dentro dessa análise da ocorrência de crime militar entre casal de militares, é de bom alvitre lembrar-se que ainda que se tratem de questões objetivas, e portanto facilmente verificáveis, a análise deve envolver ainda os seguintes fatores: o fato do casal de militares ser constituído de marido e mulher de igual posto ou graduação; o fato da mulher ser superior hierárquica do marido; o fato da mulher ser subordinada hierárquica do marido e; a possibilidade de pertencerem ou não à mesma Força federal ou estadual.

Portanto, pertinente a observação de Murilo Freua, de que nos casos de violência doméstica e familiar praticados fora do ambiente da caserna, será necessário igualmente analisar a qual força pertencem os militares, que fato ocorreu, qual a graduação ou posto dos envolvidos, o motivo, o lugar, entre outros<sup>57</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, Marcus Vinicius Souto Graciano formula a seguinte hipótese: se o marido (PM da ativa) agride sua mulher (militar do Exército da ativa), o marido agressor seria julgado na Justiça Militar da União?

E prossegue: se o marido militar (EB, ativa) agredisse sua mulher (PM da ativa). Pela lógica, aceitando-se que é crime militar, o agressor teria que ser julgado na Justiça Militar estadual, a qual tutela os valores das instituições militares estaduais. Eis aqui o problema: a Justiça Militar Estadual só

<sup>53</sup> FREUA, Murillo Salles. **O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)**. Disponível em [http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo\\_ads/docs/casalmilitares.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo_ads/docs/casalmilitares.pdf) acesso em 02.10.2015.

<sup>54</sup> LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**, 3ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, pp. 121-122.

<sup>55</sup> ROCHA, Abelardo Júlio da. **Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar**, disponível em [http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo\\_ads/docs/aplicab\\_lei\\_mapenha\\_.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo_ads/docs/aplicab_lei_mapenha_.pdf) acesso em 02.10.2015.

<sup>56</sup> Vide ASSIS, J. C. . Art. 9º do CPM: *A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar*. **Revista Direito militar**, v. 87, p. 25-29, 2011.

<sup>57</sup> FREUA, Murillo Salles. **O casal de militares perante a Lei Maria da Penha**. Disponível em [http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo\\_ads/docs/casalmilitares.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uplo_ads/docs/casalmilitares.pdf) acesso em 03.10.2015.

julga PM e BM. O crime então cometido, seria comum?<sup>58</sup>

Respondendo aos dois questionamentos teríamos – tendo-se em conta uma vez mais a efetiva ofensa à instituição considerada como fator determinante do crime militar - que, em princípio, e desde que houvesse alguma conotação com a instituição Exército Brasileiro, seria possível (mas não necessariamente) que houvesse crime militar e que o marido PM respondesse na Justiça Militar da União, se o fato ocorresse em um quartel das Forças Armadas. Todavia, alternando-se a instituição do marido agressor, mesmo que ofendida a instituição Polícia Militar (a agressão ocorresse agora em um de seus quartéis), o marido agressor, por ser do Exército, que pela lógica deveria ser julgado na Justiça Militar Estadual, mas isto não ocorre, porque a Justiça Militar dos Estados é restrita, julgando apenas policiais e bombeiros militares, razão pela qual o crime seria julgado na Justiça comum, não podendo ser julgado na Justiça Militar da União por inexistir lesão à instituição militar federal.

Ou seja, para o mesmo fato, apenas por ter o marido agressor como pertencente a instituição militar diversa irá apresentar duas soluções distintas, na primeira poderá ser crime militar, mas na segunda com certeza será crime comum. Esta constatação irrefutável já é suficiente para se afastar a 1ª teoria, aquela que diz que fato delituoso cometido por militar contra militar, ambos da ativa, é crime militar em quaisquer situação. Será no caso concreto, a luz do exame de todas as circunstâncias que envolveram o fato delituoso, que se poderá dizer se o mesmo constitui crime militar ou não.

**APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA MILITAR – 3ª TEORIA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR:** Passemos agora a considerar a efetiva aplicação da Lei Maria da Penha em casos correntes no ambiente castrense. Seria o caso de aplicação da 3ª teoria – conciliadora já que o fato efetivamente teria sido caracterizado como crime militar<sup>59</sup>. Uma vez constatado que estão presentes os requisitos necessários, é possível, então, a aplicação das chamadas medidas protetivas de urgência, que obviamente, obrigam ao agressor. São elas:

**Suspensão da posse ou restrição do porte de armas,** com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826/2003. Finalidade: evitar um mal maior por parte do agressor. A arma, particular ou da corporação, deve ser recolhida pelo chefe imediato do militar. Providência que pode ser representada incontinenti pela autoridade de polícia judiciária militar ao Comandante do agressor ou, ser determinada pelo juiz de direito do juízo militar (juiz-auditor), de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

**Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.** Aplicação analógica, em face do art. 3º do CPPM. Se determinada, não cabe Habeas Corpus. Paciente acusado de crime sexual contra a filha, também militar. Se é possível a condenação do réu sem testemunha do estupro, com muito mais razão, é possível a aplicação analógica das medidas de proteção urgentes da LMP (TJMMG, HC. 1678/2011, rel. Juiz Fernando Galvão)

Para o Juiz Fernando Galvão, relator, seria um paradoxo contemplar a mulher

militar com o afastamento do agressor do lar do casal e ao mesmo tempo ela ter que conviver com ele no quartel, principalmente se existir relação de subordinação hierárquica. O TJMMG entende que a movimentação de militar, de uma unidade para outra decorre do poder discricionário da Administração. Os militares não tem direito à inamovibilidade assentou.

A Lei Maria da Penha prevê a **proibição de determinadas condutas** que estão previstas no seu art. 22, III, dentre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;c) frequentação de determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

As medidas protetivas de urgência são cautelares e visam impedir danos imediatos, por isso devem ser concedidas de plano. Havendo lavratura de Auto de Prisão em Flagrante em virtude de violência doméstica e familiar praticado pelo marido militar, o oficial que estiver exercendo a função de polícia judiciária militar levará tal fato ao conhecimento do juiz de direito (juiz-auditor).

Causa espécie, até mesmo por serem medidas específicas geralmente ligadas à Vara da Família ou da Infância e Juventude, as medidas de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a Equipe de Atendimento Multidisciplinar ou Serviço Similar e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Poderia o juízo militar fazê-lo? Nos termos do art. 33 da LMP, enquanto não estruturados os Juizados de Violência doméstica e Familiar, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal dela decorrentes.

As Auditorias de Justiça Militar são varas criminais sem sombra de dúvidas, assim, em princípio poderão seus magistrados acumular tais

<sup>58</sup> GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. **Aplicação da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – nas relações afetivas envolvendo casal de militares**, 2012, Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/monomarcusvinicius.pdf> acesso em 03.10.2015.

<sup>59</sup> Vide ROCHA, Abelardo Júlio da. **Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar**, disponível em [http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab\\_lei\\_mapenha .pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab_lei_mapenha.pdf) acesso em 02.10.2015.

competências. Isto pressupõe que se o magistrado segue a terceira teoria – conciliadora, e pretende aplicar a Lei Maria da Penha nas causas sob seu julgamento, deverá procurar aparelhar seu juízo para este mister. Nesse ponto a equipe de atendimento multidisciplinar será fundamental.

Esta possibilidade, no entanto, é duramente criticada por Isaac Sabbá e Romulo de Andrade Moreira, entendendo ser bastante estranho (no mínimo), inclusive do ponto de vista constitucional do juiz natural, esta competência cível ser “delegada” a um juiz com competência criminal<sup>60</sup>.

**DA ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE POLICIAL MILITAR (Comandante). ART. 11, DA LMP:** Uma vez aceita a tese de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos delituosos envolvendo casal de militares e que caracterizem crime militar, é de se verificar, agora, a assistência que deve ser prestada à mulher vítima de violência doméstica e familiar e que dela necessite.

No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial [leia-se, o Comandante, a pedido da vítima ou do encarregado do inquérito policial militar ou auto de prisão em flagrante] DEVERÁ, dentre outras providências:

- I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato o MP e ao Juiz-Auditor (Juiz de Direito);
- II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao IML;
- III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – informar à ofendida os direitos a ela conferidos na LMP e os “serviços disponíveis”<sup>61</sup>.

É de se questionar, entretanto, como ficaria a situação no seio da caserna – reflexo do fato para a tropa -, se a mulher ofendida for superior ao marido agressor, e, muitas vezes oficial e até comandante de Unidade Militar. Poderia essa oficiala ou comandante ser destinatária das medidas de proteção em relação ao seu marido subordinado, sem perder a autoridade de seu cargo ou função?

Um rápido passeio pelo Estatuto dos Militares - EM, irá demonstrar no seu art. 34, que o Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido legalmente quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define e se caracteriza como chefe.

Da mesma forma, o art. 36 do EM assevera que o oficial é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção. O art. 37, por sua vez, dispõe que os graduados auxiliam ou complementam as atividades dos oficiais, quer no adestramento e no emprego de meios, quer na instrução e na administração.

A lei cercou o oficial de inúmeras garantias e prerrogativas para o exercício da sua nobre função, e fez isso de tal forma que previu, inclusive, no parágrafo único do art. 42, do Código Penal Militar, o estado de necessidade justificante para o comandante, segundo o qual, “não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços

e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque”.

Enfim, o oficial, ou mesmo o comandante, poderia receber esta proteção legal em relação ao seu marido (companheiro) subordinado? Esta é uma questão para reflexão, conquanto em um primeiro momento se possa ser levado a responder negativamente, veremos que a análise somente poderá ser feita no caso concreto, mesmo porque, a violência contra superior ou contra o inferior sempre existiu na caserna, tanto que o próprio Código Penal Militar lhe faz expressa previsão na sua Parte Especial, nos crimes contra a autoridade e a disciplina militar.

Que se dirá então da violência entre um casal, mesmo que de militares, ainda que indesejada a violência ela poderá acontecer, e, convenhamos, o superior não perde a autoridade porque em dado momento foi subjugado fisicamente pelo subordinado. A verdadeira força decorrente da hierarquia e da disciplina está concentrada no cargo ou função ocupada, e não guarda nenhuma relação com a força física que um militar possa ter a mais que outro.

**A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR ENTRE CASAL DE MILITARES SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS:** Já nos encaminhando para o final deste trabalho, veremos agora a posição dos tribunais brasileiros. De um modo geral, parece que as Cortes tem se encaminhado para o aceite da terceira teoria – a conciliadora, ou seja, frente ao eventual conflito aparente de normas, verificar, no caso concreto, se ocorreu efetiva ofensa à instituição militar. Em caso positivo, trata-se de crime militar e, ao contrário, de delito comum, a ser resolvido na esfera comum.

Iniciemos pelo Supremo Tribunal Federal, e nele com o emblemático HC 103.812 – SP<sup>62</sup>, interposto pela Defesa

<sup>60</sup> SABBÁ, Isaac e MOREIRA, Romulo Andrade. *Lei Maria da Penha*, Curitiba: Juruá, 2014. p. 37.

<sup>61</sup> Obviamente que o magistrado da Justiça Militar que decide aplicar a Lei Maria da Penha aos crimes militares deverá ter uma relação de todos os serviços disponíveis na área de sua jurisdição.

<sup>62</sup> STF, 1ª Turma, rel. Min. Carmen Lúcia; rel. para o acórdão Min.

de um Soldado PM Feminino, acusada de homicídio doloso contra o marido, Tenente Coronel da mesma corporação e condenada pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Para o Supremo Tribunal Federal tratou-se de crime comum, sem nenhum reflexo na caserna, visto que embora a paciente e a vítima fossem militares à época, nenhum deles estava em serviço e o crime não foi praticado em lugar sujeito à administração militar, **sendo certo que o móvel do crime foi a falência do casamento entre ambos, bem como o intuito da paciente de substituir pensão alimentícia cessada judicialmente por pensão por morte e de obter indenização do seguro de vida**, o que é o suficiente para afastar a incidência do art. 9º, inciso II, letra 'a', do CPM. Asseverou ainda que os militares, assim como as demais pessoas, têm a sua vida privada, familiar e conjugal, regidas pelas normas do Direito Comum.

A decisão da mais alta Corte brasileira nos pareceu correta, afinal, o crime militar deve ser sempre a exceção. Em sentido contrário, ou seja, decidindo que o fato envolvendo casal de militares tratou-se de crime militar, é de se volver os olhos agora ao Superior Tribunal Militar, na apelação 18-08.2013.7.02.0102-SP, cujo relator foi o Min. Luis Carlos Gomes Mattos, julgada em 10.09.2014.

Tratou-se, na espécie, de pendenga envolvendo casal de militares, na qual um Sargento do Exército, praticou ameaça contra a sua mulher, também Sargento do EB, inicialmente no Próprio Nacional Residencial que o casal ocupava. E depois, via celular, que foi posto em viva - voz pela vítima, tendo esse fato sido presenciado por testemunhas da Base de Administração e Apoio da Organização Militar, onde a militar, que se ausentara do lar, estava autorizada a pernoitar. Para o tribunal, havendo desdobramento para a caserna, o fato não mais se restringe à intimidade do casal. O STM negou provimento ao apelo, sendo que o réu

Luiz Fux, j. em 29.11.2011.

impetrou pedido de habeas corpus agora ao Supremo Tribunal Federal, que sob os mesmos argumentos da origem, negou a ordem e manteve a condição militar do crime<sup>63</sup>.

Nos dois exemplos apontados, nos pareceu ter havido coerência do STF, conquanto as decisões sejam em sentido contrário, ficou bastante claro, que para a caracterização do crime militar, mister que ocorra uma efetiva ofensa à instituição militar considerada [ainda que por desdobramento], sem o que, o crime torna-se comum, e deve ser apreciado pela jurisdição ordinária.

Do Tribunal de Justiça Militar gaúcho também apresentamos duas decisões envolvendo casal de militares onde prevaleceu a tese da existência de crime militar.

No primeiro caso, ainda que impulsionado por inconformismo frente a uma possível separação, veremos que o réu, Sargento da ativa que havia agredido sua companheira, uma Capitã, algemando-a na via pública. Ao ser abordado por PMs que foram chamados por vizinhos, identificou-se como sargento da Brigada acreditando que seria liberado. Para o TJM-RS, não se trata de mera pendenga familiar quando essa **extrapola as fronteiras da privacidade e torna-se pública**.<sup>64</sup>

No outro caso, considerou-se que “é de natureza militar os crimes de violência contra superior e de ameaça, praticados por soldado (mulher) contra sargento (seu companheiro), ambos da ativa, no âmbito do quartel, desimportando a condição de casal entre autor e vítima”. Constou do acórdão: [...] Se fossem no âmbito familiar até se poderia cogitar que os fatos deveriam dizer à vida privada e particular, mas a recorrente – soldado – compareceu voluntariamente

<sup>63</sup> STF, 1ª Turma, , HC 125.836, rel. Min. Dias Tóffoli, julgado em 03.03.2015.

<sup>64</sup> LESÃO CORPORAL, VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E CONTRANGIMENTO ILEGAL. TJM-RS, Ap. crim. 3.785/05, relator Juiz-Cel Sérgio Antonio Berni de Brum, julgado em 09.11.2005.

ao quartel para agredir e ameaçar a vítima [...] Na ocasião, após frustradas tentativas de contato telefônico da acusada (Sd) com o seu ex-marido e vítima (Sgt), a denunciada de folga, depois de encontrá-lo saindo de um restaurante, após rápida conversa, dirigiram-se ao quartel da BM de Paraí, local em que a acusada passou a investir contra o superior, arrastando-o e gerando as lesões....”<sup>65</sup>

Ou seja, o fato delituoso entre um casal de militares, que no dizer do TJMRS **extrapola os limites do seu âmbito familiar** pode caracterizar o chamado **desdobramento da ofensa para a caserna**, preconizado pelo STM e pelo STF.

Finalmente, não poderíamos deixar de trazer a lume um fato concreto, com a aplicação da teoria conciliadora, acontecido recentemente no primeiro grau da Justiça Militar da União, especificamente na Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, em Belém-PA, envolvendo casal de militares. Segundo constou da denúncia, no dia 10 de março de 2015, por volta das 8:00h, uma 2º tenente, estacionou seu veículo em frente à Seção Telemática da Base Aérea de Belém. Cerca de 15 minutos após estacionar seu carro, a oficiala fora informada que um 2º sargento, seu ex - companheiro, ora denunciado, teria utilizado um martelo para danificar o para-brisa de seu veículo e jogado substância inflamável no veículo. Considerado crime militar, sem qualquer sombra de dúvida<sup>66</sup>, o agente foi incursionado no art. 261, II, CPM (dano qualificado pelo uso de substância inflamável, sujeito a uma pena de reclusão de até 4 anos, se o fato não constituir crime mais grave.

<sup>65</sup> TJM-RS, recurso inominado 5.377-38.2013.9.21.0000, relator Juiz Cel Antonio Carlos Maciel Rodrigues, julgado em 19.03.2014.

<sup>66</sup> Praticado por militar da ativa, contra militar na mesma situação, em área sob administração militar.

Na sala da Auditoria, durante a audiência de qualificação e interrogatório seguiu-se a oitiva da ofendida, que expressou sentir-se ameaçada pelo réu, que trabalhava na mesma Organização Militar, e que já teria aparecido, sem motivo justificável no colégio do filho pequeno da tenente.

Com parecer favorável do Ministério Público Militar, naquela audiência, o réu: a) teve suspenso o direito de porte de arma (art. 22, I, LMP); b) foi transferido para outra OM (art. 22, II, LMP); c) foi proibido de ter contato com a ofendida e sua família (art. 22, III, LMP).

Ainda que considerado o fato delituoso como crime militar, considerou-se, na oportunidade, que a ofendida corria riscos à sua integridade e de seu filho menor, razão pela qual, o Conselho de Justiça, deferiu as medidas protetivas de urgência, em uma perfeita aplicação da Lei Maria da Penha na Justiça Militar.

**CONCLUSÃO:** A lei Maria da Penha é uma lei **mista**, tratando de **aspectos penais** (majorando a pena em alguns casos na legislação penal comum); **processuais** (ditando ritos para os processos); **tutelar** (editando medidas protetivas).

Sua finalidade foi a criação de mecanismos para coibir e prevenir a *violênciadoméstica* e *familiar* contra a

*mulher*, caracterizada como violência de gênero.

As mulheres militares, que inicialmente executavam apenas atividades administrativas, nos dias atuais são efetivamente preparadas para o combate, e exercem também funções de comando. À primeira vista não se enquadrariam no perfil da tutelada pela lei especial. Uma análise mais detida irá permitir verificar como lembrou Marcos José Pinto, que o maior sujeito de direitos, objeto de uma lei, não é a pessoa em razão de seu sexo, mas o ser humano, que é vítima de violência, independentemente de seu gênero e, dizemos nós, de seu posto e graduação militar.

A questão da aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência entre casal de militares, cinge-se, em princípio, na efetiva caracterização do crime militar, que implica em ofensa à instituição militar. Isto é verificado somente no caso concreto.

Havendo desdobramento do fato, da intimidade do casal para o ambiente da caserna, caracteriza crime militar, de competência da Justiça Especializada, caso contrário o feito será processado e julgado na Justiça comum.

É plenamente possível a aplicação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas na Lei Maria da Penha, aos casos de crimes militares.

---

— **DE ASSIS, Jorge César.** Membro do Ministério Público da União, sendo Promotor da Justiça Militar, exercendo suas atividades na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria/RS. Paranaense de Curitiba, Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar daquele Estado, lecionou na Academia Policial Militar do Guatupê e no Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças daquela Corporação. Lecionou também na Faculdade de Direito da Associação Cultural e Educacional do Pará - Cesupa, em Belém, no 1º semestre de 2004. Faz parte do Cadastro de Docentes da Escola Superior do Ministério Público da União, desde 08.04.2003; Professor do curso de Pós-graduação lato sensu - Especialização em Direito Militar, da Faculdade de Direito de Santa Maria - Fadisma, 2005/2006. Foi também Promotor de Justiça do Estado do Paraná, entre os anos de 1995 a 1999; Sócio-Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares e Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar; Articulista assíduo em várias revistas jurídicas e Palestrante do Direito Militar, em inúmeros eventos, destacando-se o 1º Encontro Internacional de Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Militar, realizado em Brasília/DF, em novembro de 2000, e o II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, realizado em Florianópolis/SC, em dezembro de 2003. Autor de várias obras sobre o Direito Militar, todas publicadas pela Juruá Editora.



**Aguardem!!! Pré lançamento de mais uma obra INBRADIM...**

**Livro imperdível versando sobre os aspectos teóricos e práticos da aplicação da transação penal nos auditórios da justiça militar do Estado de Minas Gerais.**

