



Revista de

ESTUDOS & INFORMAÇÕES

Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

www.tjmmg.jus.br - N. 32 - MARÇO DE 2012 | ISSN 1981-5425

A Justiça Militar estadual

evolução e atualidade

Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais

Rua Aimorés, 698 - Funcionários
Belo Horizonte - MG
Fone: (31) 3274-1566
www.tjmmg.jus.br

Presidente

Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino

Vice-presidente

Juiz Fernando José Armando Ribeiro

Corregedor

Juiz Cel PM James Ferreira Santos

Juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho

Juiz Jadir Silva

Juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos

Juiz Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Auditorias da Justiça Militar

Juiz Paulo Tadeu Rodrigues Rosa - Diretor do Foro Militar

Juíza Daniela de Freitas Marques

Juiz Marcelo Adriano Menacho dos Anjos

Juiz André de Mourão Motta

Juiz Paulo Eduardo Andrade Reis

Juiz João Libério da Cunha

Revista de Estudos & Informações

Realização

Assessoria de Comunicação Institucional do TJMMG

Coordenação Geral

Rosângela Chaves Molina

Cartas à redação

Enviar para: ascom@tjmmg.jus.br

Colaboração

Grécia Régia de Carvalho

Vaneide Cristina da Cruz

GÍRIA DESIGN E COMUNICAÇÃO

Jornalista responsável

Geraldo Lucciani - JP 12042/MG

Edição gráfica, diagramação e arte-finalização

Carolina Lentz

Revisão ortográfica

Guilherme Lentz S. Monteiro

Rua Montes Claros, 1010 - Anchieta

Belo Horizonte - Minas Gerais

Telefax: 31. 3222-1829

contato@giria.com.br

Tiragem

4 mil exemplares

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião dos integrantes do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, sendo todo o seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| Entrevista: presidente do TJMMG Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino..... | 4 |
| Capa: A Justiça Militar estadual: evolução e atualidade..... | 7 |
| O dever de obedecer ao Direito no pensamento de Hans Kelsen Fernando José Armando Ribeiro..... | 11 |
| Organização do Poder Judiciário Militar e a análise do mérito do ato administrativo e do ato administrativo disciplinar Paulo Tadeu Rodrigues Rosa..... | 21 |
| O devido processo legal no Processo Disciplinar Militar Mário Lúcio Quintão Soares..... | 28 |
| Homenagem póstuma à Súmula n. 297 do Supremo Tribunal Federal Cícero Robson Coimbra Neves..... | 32 |
| Legitimidade para promoção do processo originário do Conselho de Justificação perante o Tribunal competente Jorge Cesar de Assis..... | 37 |
| Normas de submissão à REI..... | 40 |
| Notícias..... | 42 |
| Em destaque..... | 45 |

DIÁLOGO E VISÃO ESTRATÉGICA

Para além de permitir capilarizar informações da Justiça Militar em um sentido bem amplo, a **Revista de Estudos & Informações (REI)** da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (JMMG) é um espaço aberto à exposição de ideias no campo jurídico, favorecendo agregar qualidade ao conhecimento dos temas recorrentes nesta Justiça Especializada.

Por isso, a apresentação de estudos é, de forma democrática e plural, acessível a docentes da área jurídica e afins, legisladores, militares ou civis, magistrados e a todos os operadores do Direito. Não há um quadro permanente de articulistas, de modo que novas e - assim desejamos - inovadoras contribuições são hodiernamente acolhidas, contrapondo-se, às vezes, a determinados apontamentos de artigos apresentados em outras edições. Destarte, a produção voluntária dessa diversidade de estudiosos contribui para o diálogo proveitoso que a revista favorece, o que é sempre bem-vindo.

Como o viés de informar a todos sobre a administração da Justiça Militar de Minas Gerais, compromissada com a sociedade e com os jurisdicionados, a revista, neste número, apresenta o que se projeta para o biênio 2012/2013.

Nesse sentido, resgato parte do editorial da edição n. 28 da Revista de Estudos & Informações, de agosto de 2010, para perseverar na visão institucional, que norteia o Planejamento Estratégico e deve ser incorporada não apenas pelo Presidente, mas por todos os magistrados, gestores e servidores:

Ser reconhecida pela sociedade mineira como uma instituição essencial de prestação jurisdicional especializada militar, célere e eficaz, com magistrados e servidores comprometidos e motivados.

Com essa visão, busca-se, continuamente, realizar uma justiça célere, independente e eficaz, contribuindo para a manutenção do estado democrático de direito e para a promoção social.

Boa leitura!



Cel BM Osmar Duarte Marcelino
Presidente do TJMMG



Uma vida dedicada à carreira militar

Natural de Passos, Minas Gerais, o novo presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, tem uma vida de trabalho e estudos destinada à carreira militar. Dos seus 57 anos de idade, quase 30 são dedicados à Corporação Militar. O seu interesse pela carreira, porém, começou muito antes, quando ele cursava a 5ª série do Colégio Tiradentes, na cidade onde nasceu.

O filho do Sr. Arnaldo e da Dona Guiomar, além das formações da carreira militar, é bacharel em Direito, pela Faculdade de Franca. Durante sua vida profissional, acumulou muitas condecorações. Dentre tantas, recebeu a Medalha da Ordem do Mérito Legislativo, Mérito Especial, ALEMG; a Medalha Santos Dumont, Grau Ouro; a Grande Medalha da Inconfidência, Grau Ouro; e, ainda, os títulos de Cidadão Honorário de Uberaba, Belo Horizonte e São Lourenço. Em entrevista à Revista de Estudos & Informações (REI) ele falou um pouco sobre sua carreira e de seus projetos como presidente do TJMMG.

Como surgiu o interesse pela carreira militar?

Meu primeiro contato com a Polícia Militar ocorreu com a minha aprovação no então Concurso de Admissão para a 5ª série do Colégio Tiradentes em Passos/MG. Naquela época, o uniforme dos alunos do Colégio era semelhante à farda utilizada pelos policiais militares e eu me orgulhava muito de usá-lo.

Quando concluí o segundo grau, hoje, ensino médio, tomei conhecimento de que as inscrições para o concurso ao Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar estavam abertas e resolvi me inscrever. Fui aprovado e me formei Aspirante-a-Oficial em 1978.

“Nunca se investiu tanto em segurança pública, no Estado de Minas Gerais, como nos últimos anos.”

Como o senhor vê a Segurança Pública no Estado?

Vejo com muito otimismo. Nunca se investiu tanto em Segurança Pública, no Estado de Minas Gerais, como nos últimos anos. Desde o Governo do Dr. Aécio Neves, houve investimentos maciços na ampliação dos efetivos das corporações, civis e militares, na aquisição de viaturas e equipamentos, na construção de penitenciárias e na valorização dos profissionais que atuam no sistema.

Outro fator de extrema importância foi a mudança de filosofia até então vigente. Extinguiu-se a Secretaria de Estado de Segurança Pública, e se criou a Secretaria de Estado de Defesa Social, em que todos os esforços passaram a ser canalizados de forma integrada para a prevenção e o combate à criminalidade no Estado. Hoje, a integração das instituições que compõem o sistema de defesa social é um imperativo. Observamos que, desde a implantação dessa nova sistemática de defesa social, o Estado de Minas Gerais tem sido modelo para outros estados, o que nos dá a certeza de que Minas está no caminho certo.

Como foi sua carreira até chegar a juiz do TJMMG?

Em 1983, ainda tenente, fiz o Curso de Especialização de Bombeiros para Oficiais e ao concluí-lo permaneci na Academia de Polícia Militar, atuando como docente até 1987. Nos anos seguintes, até 1987, atuei no Corpo de Bombeiros. Em 1989, fui aprovado no curso de piloto de helicópteros, passando a servir na Unidade de Policiamento Aéreo. Em 1997, quando conclui o Curso Superior de Polícia, já como tenente-coronel, retornei ao Corpo de Bombeiros e fui trans-

ferido para o comando intermediário da Instituição, onde servi como chefe do Estado-Maior e, em seguida, como comandante do 2º Batalhão de Bombeiros. Com a emancipação do Corpo de Bombeiros em 1999, permaneci na Corporação, exercendo inicialmente a função de subcomandante-geral e chefe do Estado-Maior. Após dois anos, fui nomeado comandante-geral, pelo então governador Itamar Franco, e convidado a permanecer no comando da Corporação pelo governador Aécio Neves que, em 22 de setembro de 2005, nomeou-me juiz deste Tribunal de Justiça Militar.

Observa-se, também, que a Justiça Militar mineira destaca-se no país. Por quê?

Eu diria que Minas Gerais, São Paulo e o Rio Grande do Sul são os estados que se destacam no Brasil. Como sabemos, todos os 26 estados da Federação e o Distrito Federal possuem Justiça Militar estadual. Entretanto, só os três citados possuem o seu próprio Tribunal de Justiça Militar, e esse é o motivo pelo qual se destacam em relação aos demais Estados, pois os processos são julgados com muito mais celeridade, uma vez que, como somos uma Justiça Especializada, temos um número de processos substancialmente menor que o existente nos demais Tribunais de Justiça estaduais. Como cediço, nos estados onde não há Tribunal de Justiça Militar, cabe aos Tribunais de Justiça do estado a competência para processar e julgar os processos originários de competência da Justiça Militar e os processos em segundo grau de jurisdição.

Lado outro, o jurisdicionado é julgado por um escabinato, composto por juízes civis e militares, que vivenciaram a caserna e conhecem todas as dificuldades e vicissitudes da vida militar, além de sua cultura, o que aumenta a possibilidade de se proferir uma decisão mais justa.

Na história da JMe, quais foram suas principais evoluções? Há fatores que precisam ser aprimorados?

Eu diria que as principais evoluções começaram a ocorrer a partir de 2005, com a Emenda Constitucional n. 45 – EC/45 –, que ampliou a sua competência, atribuindo também à Justiça Militar processar e julgar as ações contra atos disciplinares militares, e com a criação e a atuação do CNJ. Tivemos, nesse curto espaço de tempo, uma evolução extraordinária. Alguns reflexos disso são a disponibilização, no *site* do Tribunal, do andamento processual das ações cíveis e criminais e do Diário Eletrônico do TJMMG; a implantação do sistema informatizado para que o próprio cidadão acesse

sua certidão negativa de antecedentes criminais; a elaboração do planejamento estratégico, que se encontra em execução; a informatização da folha de pagamento e a concentração dos órgãos da JMe em um único endereço a ser efetivada nesta gestão.

“As principais evoluções começaram a ocorrer a partir de 2005, com a Emenda Constitucional n. 45, que ampliou a sua competência, atribuindo também à Justiça Militar processar e julgar as ações contra atos disciplinares militares, e com a criação e a atuação do CNJ.”

O que representa para o senhor ocupar o cargo de presidente do TJMMG?

Representa a coroação de uma vida de trabalho e estudos, que vão muito além dos sonhos que tive para minha carreira, o que me torna uma pessoa profissionalmente realizada. Representa, por outro lado, o fato de que minha responsabilidade, que já era muito grande como juiz militar, aumenta consideravelmente, porque, além do compromisso com a sociedade, que é a destinatária de nossos serviços, terei que estar atento e atender aos interesses maiores deste Tribunal, de seus juizes e servidores, o que procurarei fazer com uma administração austera, proba e proativa.

Quais são seus planos para que a Justiça Militar mineira continue com as características de transparência e modernidade?

O Poder Judiciário brasileiro, até muito recentemente, era sem dúvida o Poder da República mais fechado do país. Com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essa situação começou a mudar. A Justiça Militar mineira, nesse sentido, apresenta uma administração absolutamente transparente e, faz parte de meus planos, como juiz e dirigente, contribuir efetivamente para a implementação dessas diretrizes, fundamentando minhas ações na transparência e na eficiência. Todos os dados refe-

rentes à produção dos juizes estão disponíveis no site do Tribunal, incluindo os processos distribuídos e julgados. Da mesma forma, disponibilizamos o orçamento e os gastos, mês a mês, detalhando a folha de pagamento, as despesas de custeio e investimento e, ainda, enumeramos todos os veículos oficiais da Instituição. Todas as diligências realizadas, com pagamento de diárias, são publicadas no Diário Eletrônico do Tribunal, com nome dos juizes e servidores. Essa visibilidade, além de necessária, é muito salutar à Justiça Militar, uma vez que, sendo seus dados conhecidos por todos e pela sociedade, devemos atuar de forma mais eficiente e eficaz. Para isso, a modernização da Justiça Militar tornou-se uma premissa que não mais nos permite um retrocesso.

Quais são os projetos do Tribunal a que o senhor pretende dar continuidade no seu mandato?

Todos. Felizmente, no Poder Judiciário brasileiro, acabou-se o tempo em que cada presidente eleito, ao assumir a direção de seu tribunal, estabelecia seus projetos, dava início à execução e quase nunca os concluía, pela escassez de tempo, visto que após dois anos se encerrava seu mandato. Então, vinha o novo presidente, com seus novos projetos, e a situação se repetia.

Hoje, trabalhamos com um planejamento estratégico, elaborado pelo *staff* do Tribunal, com a participação direta de um juiz e, posteriormente, aprovado pelo Pleno do Tribunal. Portanto, temos um norte a seguir, e, independentemente do presidente que assumir a direção do Tribunal, os projetos em andamento e os que estão para ser executados são os mesmos previstos e delineados no planejamento estratégico. Ou seja, deve haver uma sinergia contínua, cada gestão realizando uma parte de um todo.

Quais são suas prioridades?

Pretendo dar atenção especial a três metas, adotando as seguintes providências:

- reformar o novo prédio, que sediará o 1º e o 2º Grau de Jurisdição da Justiça Militar mineira, para que nossa mudança possa ocorrer ainda este ano;
- investir na área de tecnologia da informação e qualificar bem nossos recursos humanos para que, em breve, haja condições de implementação do processo virtual na JM;
- dispensar atenção especial aos nossos talentos humanos, buscando melhorar o nosso ambiente de trabalho e a harmonização das relações interpessoais. **REI**

A Justiça Militar estadual

Desde a sua constituição, a Justiça Militar estadual evoluiu com a sociedade e se apresenta sólida e célere no desempenho de sua missão



Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e, no destaque, prédio onde funcionam as Auditorias Militares mineiras

A Justiça Militar mostra-se consentânea às tendências contemporâneas da evolução do poder de estado, ou seja, quando a complexidade aumenta, a solução é a especialização.

A Justiça Militar no Brasil remonta-se aos idos da colonização Portuguesa no Brasil, com a vinda da Família Real portuguesa para o nosso país. No dia 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Todavia, de acordo com o Juiz Cel PM Laurentino de Andrade Filocre, ex-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, para se entenderem as origens da Justiça Militar estadual no Brasil, é preciso ir mais longe na história. “A pesquisa das origens da Justiça Militar, através dos séculos, conduz às remotas razões da existência dos exércitos como elementos prestantes às guerras, por causas múltiplas, substancialmente consequentes de certo determinismo da condição da criatura humana, no seu primitivismo animal, que o impele à agressão”. Mergulha-se, portanto, na natureza humana para se compreender a razão das guerras e, consequentemente, dos exércitos, com base de sustentação na hierarquia e na disciplina e com suporte em uma legislação própria aplicada por um órgão especial, ou seja, o Direito Militar e a Justiça Militar.

Nos estados, a Justiça Militar foi criada pela Lei n. 192, de 17 de janeiro de 1936; portanto, antes do Estado Novo.

De acordo com o presidente do Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul (TJMRS), juiz João Vanderlan Rodrigues Vieira, “ao contrário do que se afirma eventualmente, a Justiça Militar não tem sua origem ligada a regimes ditatoriais e, tampouco, vincula-se às polícias militares. Como órgão do Poder Judiciário, sua história, no Brasil e no mundo todo, tem relação com a manutenção das instituições democráticas, uma vez que seu papel pode ser resumido na garantia da qualidade dos serviços de segurança que asseguram a paz social”, completa. Ele acrescenta que a Justiça Militar mostra-se consentânea às tendências con-

temporâneas da evolução do Poder de Estado, ou seja, quando a complexidade aumenta, a solução é a especialização. É composta, portanto, em 1º grau, na forma de escabinato, por oficiais hierarquicamente superiores aos acusados e por juízes togados. É assim que se torna possível um alto grau de segurança jurídica, pois esta é resultado da soma do saber jurídico do magistrado civil e da experiência da vida dos oficiais militares.

O presidente do TJMRS destaca que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que tratou da reforma do Poder Judiciário brasileiro, ampliou, democraticamente, a competência da Justiça Militar dos estados, atribuindo-lhe o processo e o julgamento das ações cíveis contra atos disciplinares militares. “Quanto à estruturação da Justiça Militar, é interessante lembrar que nos Estados brasileiros cujo efetivo militar seja superior a 20 mil integrantes, a Constituição permite a existência de tribunais de justiça militares. Atualmente, embora outros estados já apresentem essa condição, só no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo a Justiça Militar é estruturada em duas instâncias: as auditorias (equivalentes às varas da Justiça Comum), constituídas pelos juízes de Direito do Juízo Militar e pelos Conselhos de Justiça; e os Tribunais de Justiça Militar (recursais), compostos por juízes togados e juízes oficiais do último posto da carreira”. Ele acrescenta que, nos demais estados da Federação, os eventuais recursos são julgados nos respectivos Tribunais de Justiça estaduais. No Rio Grande do Sul e em São Paulo, há quatro Auditorias militares, e, em Minas Gerais, três. “Todas as auditorias contam com pelo menos um promotor de Justiça e um defensor público, sendo que estes obedecem a estatuto próprio e têm atuação independente, em observância às prerrogativas e garantias constitucionais inerentes à carreira”, diz.

As Justiças Militares desempenham um papel fundamental na manutenção da hierarquia e disciplina das instituições militares, isto porque os processos são julgados com maior celeridade, quando comparados a justiça comum, o que favorece o fortalecimento daqueles dois pilares das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos estados

FUNÇÃO

A Justiça Militar dos Estados tem a função de processar e julgar os militares dos estados, que são os integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, observada a competência estabelecida no § 4º do artigo 125 da Constituição Federal, que prevê competir à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima não for militar, cabendo ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Justiça Militar, conforme o caso, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

EVOLUÇÃO

O presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (TJMSP), Juiz Orlando Eduardo Geraldi, ensina que a Justiça Militar, desde a sua instalação, passou por diversas mudanças que muito contribuíram para a evolução da Instituição. “Entendo, particularmente, que a ampliação da competência, promovida pela Emenda Constitucional n. 45, de forma tal a permitir que as ações contra atos disciplinares militares fossem julgadas pela Justiça Militar estadual, foi uma importante conquista, não apenas para esse ramo especializado do Poder Judiciário, mas principalmente para as instituições militares estaduais”, diz.

Destaca, ainda, que, antes da Emenda Constitucional n. 45, decisões judiciais divergentes sobre o mesmo assunto, tomadas por magistrados da Justiça não afeitos às peculiaridades vividas no seio de uma instituição militar, causavam algumas dificuldades para a aplicação de sanções disciplinares, pois não se conseguia, em determinados casos, a formação de jurisprudência. “Com o advento da Emenda Constitu-

cional n. 45, a familiaridade dos magistrados da Justiça Militar com a vida no quartel e com as especificidades do Regulamento Disciplinar vem permitindo a construção de sólida jurisprudência no tocante à aplicação de sanções disciplinares, refletindo essas decisões no fortalecimento dos dois pilares de sustentação da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar: a disciplina e a hierarquia”, conta.

DESEMPENHO

As Justiças Militares desempenham um papel fundamental na manutenção da hierarquia e disciplina das Instituições militares, isso porque os processos são julgados com maior celeridade, quando comparados à Justiça Comum, o que favorece o fortalecimento daqueles dois pilares das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos estados “Nesse sentido, defendo a criação de Tribunais de Justiça Militar em todos os Estados cujo efetivo militar seja superior a 20 mil integrantes. Por exemplo, estados como Rio de Janeiro, Paraná e Bahia, que possuem um efetivo militar superior ao mínimo estabelecido na Constituição, poderiam ter Tribunais de Justiça Militar como órgãos de 2ª Instância da Justiça Militar”. Acrescenta o presidente do TJMSP que “tal medida é salutar, sobretudo no que diz respeito à competência do tribunal em decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, uma vez que, em alguns estados, os Tribunais de Justiça Comum relutam em exercer essa competência, em especial nos casos de Processo de Justificação, causando dificuldades para a manutenção da hierarquia e da disciplina nas Polícias Militares”.

A seguir, conheça os presidentes dos Tribunais de Justiça Militar de São Paulo e Rio Grande do Sul.



São Paulo

O juiz Cel PM Orlando Eduardo Geraldi é natural de São Paulo, capital. Em 1975, ingressou na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, onde frequentou o Curso Preparatório de Formação de Oficiais e o Curso de Formação de Oficiais, sendo declarado Aspirante a Oficial em 1979 e promovido ao posto de 2º Tenente PM em 1980.

Atuou em unidades operacionais de Policiamento Ostensivo, Policiamento de Trânsito, Policiamento Ambiental e na Escola de Educação Física, atual Centro de Capacitação Física e Operacional, sendo um dos idealizadores dos módulos de treinamento que resultaram na criação dos Procedimentos Operacionais Padrões. Atuou nas Assessorias Militares das Secretarias de Estado da Educação e da Agricultura e serviu à Casa Militar do Governo do Estado de São Paulo, exercendo a coordenação direta dos eventos do governador.

Em maio de 2005, foi promovido ao posto máximo da Corporação. Em 2006, assumiu o comando do policiamento da Região da Baixada Santista e do Vale do Ribeira. Bacharelou-se em Direito pelas Faculdades Integradas de Guarulhos, exerceu efetivamente as atividades de polícia judiciária militar, tendo composto, por várias vezes, Conselhos de Disciplina e de Justificação, bem como Conselhos Especiais de Justiça, na Justiça Militar do Estado. É bacharel em Educação Física, especialista em Metodologia do Treinamento.

Exerceu as funções de conselheiro da Associação dos Oficiais da Polícia Militar e de secretário-geral da Cruz Azul. Foi membro titular do Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Baixada Santista – CONDESB. Nomeado ao cargo de juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a que foi alçado por decreto do governador do Estado, em maio de 2008, sendo empossado aos 12 de maio de 2008. Atualmente, exerce o cargo de presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo para o biênio de 2012/2013.

Rio Grande do Sul

O juiz Cel PM João Vanderlan Rodrigues Vieira é natural de Passo Fundo/RS. Ingressou na Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul em 1º de março de 1962. Atingiu o posto de coronel em 12 de março de 1991. Chefiou a Casa Militar e foi comandante-geral da Brigada Militar de 1991 a 1994. Tomou posse como juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, em 19 de dezembro de 1994, tendo exercido as funções de vice-presidente e corregedor-geral da Justiça Militar no período de agosto de 1997 a fevereiro de 2000. Neste mesmo mês e ano, assumiu a Presidência da Corte, função que desempenhou até 6 de fevereiro de 2002.

O magistrado é bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis de Porto Alegre e em Economia pela Fundação Universidade de Rio Grande, tendo cursado mestrado em Administração na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Participou de estágios orientados a atividades inerentes à profissão, em organizações policiais dos Estados Unidos, Alemanha, Itália, Holanda e Israel.

Recebeu as seguintes condecorações: Medalha de Serviço Policial Militar, Categorias Bronze, Prata e Ouro; Medalha Estrela de Reconhecimento, Grau Estrela de Bronze; Medalha Mérito de Defesa Civil RS; Medalha de Serviços Distintos; Medalha Cruz de Ferro; Comenda do Mérito Judiciário Militar – RS; Colar do Mérito Judiciário Militar, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais; Medalha Coronel Claudino; dentre outras.

Em fevereiro de 2008, assumiu a função de juiz-corregedor-geral da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, exercendo-a até fevereiro de 2010, quando passou a responder pela vice-presidência da Corte, cargo que ocupou até 8 de fevereiro de 2012, quando voltou à presidência da instituição.



FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Pós-Doutor pela Universidade de Berkeley (EUA – bolsista da Fulbright) | Doutor em Direito pela UFMG | Professor dos cursos de mestrado e bacharelado da PUC-Minas | Juiz Civil do TJMMG



O dever de obedecer ao Direito no pensamento de Hans Kelsen

1 INTRODUÇÃO

O problema da obediência à lei traz em seu bojo a questão da hierarquização e estratificação de condutas impostas à sociedade pelo ordenamento estatal. Às normas estatais deve-se seguir uma atitude que se manifeste em conformidade com o *dever* e a *obrigação* imperativamente prescritos. Antes de tudo, é preciso estar ciente da dificuldade conceitual apresentada pela ideia de obrigação, a qual se apresenta sempre destituída de clareza. Isso se deve ao fato de que, tanto na linguagem filosófica quanto na jurídica, é comum a utilização indiscriminada das expressões *dever* e *obrigação*.

As obrigações nascem como consequência de atos voluntários e necessitam, para sua gênese, de especiais ações individuais destinadas a sua criação, fazendo com que, tanto no âmbito da moral quanto no do direito, uma conduta previamente opcional e relativa perca, ao menos em princípio, sua relatividade (como se dá com as promessas). As obrigações são interpessoais, vale dizer, são requisições dirigidas a pessoas determinadas (os obrigados) por pessoas também determinadas (os titulares dos direitos), sendo seu conteúdo perfeitamente individualizado. Ademais, além de correlacionarem-se com seu respectivo direito, as obrigações não se originam do caráter ou do conteúdo das ações obrigatórias, mas tão somente da particular forma como as partes se relacionam.

Assim, cabe afirmar que as obrigações nascem como consequência de atos voluntários, e especialmente de ações individuais, como uma promessa. As obrigações possuem caráter interpessoal. Vale dizer,

são dirigidas a pessoas determinadas por pessoas também determinadas. Trazendo a lição imorredoura dos romanos, há que se observar que cada obrigação se correlaciona com seu respectivo direito, como o verso e anverso da mesma moeda.

No que tange aos deveres, faz-se mister assinalar que a palavra *dever* é utilizada como referência a prescrições morais relacionadas a certos papéis e funções que os indivíduos podem chegar a cumprir. Se é verdade que alguns deveres (como os **deveres institucionais**) surgem de um acordo de vontades criador (o que resulta de sua **convenção constitutiva**), cabe assinalar que nem todo dever posicional tem sua origem em um esquema proposicional de vontades. Tal é o caso de uma mulher que adquire o papel de mãe contra sua vontade (como pela gravidez indesejada), ou mesmo, o de um indivíduo como filho – tendo em vista o fato de que o nascimento não é, definitivamente, obra da sua vontade –, que se vê abrangido por uma série de deveres para com determinadas pessoas (como seus pais) decorrentes tão somente de seu papel de filho.

A obrigação política é a obrigação que o indivíduo deve ao Estado e que o Estado deve ao indivíduo, a qual pressupõe o compromisso de obediência a toda uma série de obrigações ulteriores derivadas, sem que seja necessariamente requerido um consenso prévio a cada caso. Pelo simples fato de pertencermos a um Estado, adquirimos uma obrigação de obediência a suas leis, sendo que apenas em uma sociedade livre e aberta pode-se, rigorosamente, falar de uma obrigação política. Como assevera Passerin D'Entreves (1976, p. 31-33), a liberdade é condição essencial da obrigação política.

Temos, assim, a **obrigação política**, cujo objeto consiste em estabelecer as relações entre o Estado e seus cidadãos, e o **dever de obedecer à lei**, cuja essência reside em poder determinar quando e em que circunstâncias deve uma pessoa atuar em conformidade com os comportamentos socialmente regradados.

Naturalmente, a justificação jurídica da obrigação jurídica (dever de obedecer à lei) verifica-se mediante a simples observância de seu caráter imperativo. Como diz Mata Machado (1995, p. 42), “mandando dar a cada um o que lhe é devido, a regra atribui alguma coisa a alguém: é seu caráter atributivo. A regra de direito tem uma feição imperativo-atributiva”. Entretanto, o dever a que nos referimos e sobre o qual aduzimos nossos questionamentos é aquele de fundamentação ético-normativa, vale dizer, o que estabelece qual o fundamento último a justificar nosso comportamento frente a disposições estatais.

O problema de saber qual o fundamento da obrigação jurídica (obrigação *prima facie*) é dos mais clássicos e debatidos na seara da Filosofia do Direito. Ademais, no que tange ao dever de obediência à lei no seio de um Estado Constitucional Democrático, pode-se certamente afirmar tratar-se de um autêntico dever *prima facie*. Vale dizer, considerando-se o fundamento consensual e dialógico do Direito contemporâneo, estabelecido por um acordo racional sobre valores sociais determinados num dado momento histórico, e consubstanciados em um documento fundamental, o caráter imperativo das leis não pode ser visto senão como um dever *prima facie*, isto porque, se por um lado os vetores da segurança e da ordem sociais exigem tal pressuposição, de outra parte o vetor do justo (ainda que formal) – em um Estado Constitucional Democrático – impõe a manutenção da perene possibilidade de sua contestação face a outros valores consagrados, tendo em vista que a concorrência de valores é própria do pluralismo característico de tal Estado Constitucional Democrático.

A singular importância do tema é razão suficiente para percebermos por que não há praticamente nenhuma escola de importância no pensamento jurídico-político que sobre ele não se tenha debruçado. Seria, assim, inútil e além dos limites deste trabalho pretender uma enumeração de todas essas doutrinas, razão pela qual nos limitaremos a assinalar a perspectiva estabelecida e brilhantemente sustentada – não sem polêmica – por Hans Kelsen em seu pensamento normativista. A partir de uma análise teórico-normativa pretendemos explicitar os pontos estruturais do

sistema kelseniano que dizem respeito ao dever de obediência ao Direito. Veremos que a adequada compreensão das ideias de Kelsen não pode ser obtida senão mediante a conjugação de vários elementos de seu sistema teórico, o qual apresenta no rigor e entrelaçamento lógico de suas proposições um aspecto fundamental de seu próprio método demonstrativo. Assim, conceitos como o de norma fundamental e normas individuais, atos de aplicação e de produção normativa, fundamento de validade, estática e dinâmica jurídica são condições para se refletir sobre o fundamento da obrigação jurídica em Kelsen. Nossas reflexões pretendem explorar a importante diferença conceitual entre a norma e o ato de vontade do qual ela representa o sentido, mais especificamente entre esse ato e o sentido de vontade que ele representa, bem como a distinção entre comportamento devido e comportamento efetivo, momento em que Kelsen tece importantes considerações sobre o lugar da eficácia no sistema do Direito. *Last, but not least*, passaremos a uma análise e crítica do conceito de coerção na teoria de Hans Kelsen, suas relações e suas consequências para com o dever de obedecer ao Direito. Essa análise nos abrirá portas para melhor compreender a importância do projeto kelseniano, bem como os limites inerentes a ele.

2 A OBRIGAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Para Kelsen, o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano, mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 1984, p. 57; 277; 310).

No **topo** do ordenamento, visto como um sistema dinâmico, encontra-se a Constituição, norma superior a todas as demais normas postas, e, na medida em que se vai progressivamente descendo das normas gerais para as normas individuais, percorrem-se graus normativos mais inferiores, até se alcançar a **base** da pirâmide normativa, onde será possível encontrar **normas individuais** (sentenças, regulamentos administrativos e negócios jurídicos).

Imediatamente abaixo das normas individuais encontram-se os **atos de execução**, espontânea ou coercitiva e, mais acima da Constituição, inclusive da primeira Constituição histórica, encontra-se, já fora do

âmbito da pirâmide normativa, a **norma fundamental** (*Grundnorm*), norma pressuposta e **condição lógico-transcendental** (KELSEN, 1984, p. 279) do trabalho científico do jurista (KELSEN, 1984, p. 22; 269 e *passim*).¹

Segundo Paulson (1991, p. 176-177)², a resposta dada por Kelsen a sua própria **questão transcendental** – situada no âmbito da pretendida distinção entre *Sein* e *Sollen* e consequência direta de seu dualismo metodológico – está vinculada a sua referência à norma fundamental:

Segundo o seu ponto de vista (de Kelsen), a validade de uma norma jurídica se estabelece a partir de uma referência à norma de nível superior adequada, cuja própria validade se estabelece, sucessivamente, com relação à correspondente norma de nível superior a ela e assim sucessivamente, até que se alcance a norma de nível mais alto no sistema jurídico, o nível da constituição. Mais além do nível constitucional, não é possível haver mais referências. Todavia, uma referência a um nível mais alto de normas de Direito positivo se exclui *ex hypothesi*. E uma referência a algum tipo de fato está impedida pela forte e firme distinção entre ser e dever-ser, como reflexo do dualismo metodológico. Uma terceira via de referência, a da moral, está também excluída pela tese da separação. Como se estabelece, então, a validade das normas no nível constitucional? À falta de qualquer outra referência, se assume a sua validade. E a assunção toma a forma da norma fundamental.

Todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal – à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução – são, ao mesmo tempo, **atos de aplicação** das normas mais gerais e superiores e **atos de produção** das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da teoria pura, os atos de **aplicação** constituem um **dever jurídico** imposto aos destinatários primários e secundários e os atos de **produção** constituem **atos de poder**, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica (KELSEN, 1984, p. 325).

O ponto de ligação de todas estas normas reside precisamente no conceito lógico-formal de **funda-**

mento de validade (KELSEN, 1984, p. 297)³, segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (princípio de legitimidade) (KELSEN, 1984, p. 266; 269; 289-290).

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e materiais previstos no próprio ordenamento, relativos a) ao sujeito ou órgão competente, b) ao procedimento, e – em certa medida c) ao conteúdo, todos estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim sucessivamente se percorre todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental (KELSEN, 1984, p. 324-326).

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, vez que existe sempre certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a norma inferior (KELSEN, 1984, p. 324-326).

2.1 A validade do sistema jurídico

A nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois esta relação com um determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos), e essa relação de fundamentação-derivação pode **retroagir** até a norma fundamental.

A validade de uma norma em um sistema dinâmico, portanto, é determinada especificamente em função da competência do órgão, por vezes com relação ao seu conteúdo e, por fim, de sua relação com a *Grundnorm*. No entanto, não bastam apenas estes requisitos formais: um **mínimo de eficácia**, como afirma Kelsen (1995, p. 63-64), é também

¹ Comparar com Carrino, 199, p. 31-50; 83-104 e Miranda Afonso, 1984, p. 241-242.

² Este autor, ainda, observa que esta “ideia intuitiva” da norma fundamental se baseia num argumento claramente circular, haja vista que “se o problema é porque as normas do nível mais alto são válidas e se simplesmente logo se assume que são válidas, estamos de novo diante do mesmo problema”.

³ “Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta globalmente eficaz e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes”. Cf., ainda, Kelsen, 1986, p. 37-38.

condição de validade de uma norma:

Isto significa que as condições de validade de um ordenamento jurídico como um todo e as de uma norma jurídica isolada são: para o ordenamento jurídico como um todo, os atos mediante os quais são criadas as normas desse ordenamento jurídico em questão; para a norma isolada, o ato pelo qual ela é criada e, ademais, o fato de que o ordenamento jurídico como um todo e a norma isolada sejam, respectivamente, eficazes [...] A validade está condicionada pela eficácia no sentido de que um ordenamento jurídico como um todo, tal como uma norma isolada, perde a sua validade se não chega a ser, de forma geral, eficaz.

Numa perspectiva cada vez mais sintética, “uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas” (KELSEN, 1984, p. 298). Trata-se, aqui, do **princípio de efetividade**, que parte do pressuposto segundo o qual um ordenamento jurídico será **válido** na medida em que for **eficaz** em sua totalidade, mesmo que, por vezes, uma de suas normas, em si considerada, não venha a ser observada ou aplicada num caso concreto.

A validade global do ordenamento jurídico não é afetada pela possibilidade de uma ou mais normas isoladas se demonstrarem ineficazes, já que a eficácia de todo o ordenamento jurídico é aferida em termos globais, isto é, do ordenamento jurídico como um todo. No entanto, a eficácia de todo o ordenamento é também condição de validade de cada uma das normas que dele fazem parte. Isso significa que a validade de uma norma isoladamente considerada está na dependência da validade de todo o ordenamento jurídico, e esta, por sua vez, depende essencialmente da validade da norma fundamental (KELSEN, 1984, p. 291-298).

Assim posta a questão, Mario Losano (1990, p. XIX), um dos grandes estudiosos da teoria pura, elabora a seguinte crítica:

Uma ordenação jurídica para Kelsen é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de ‘dever-ser’) que desce da constituição à lei e desta à sentença. Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do ‘ser’ e o do

‘dever-ser’, a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever. Realmente, para que uma norma jurídica seja válida, é preciso que ela também seja eficaz: ou seja, não basta o respeito a certas formalidades no estabelecimento da norma, mas é preciso que, de fato, a norma assim estabelecida seja também efetivamente aplicada. Kelsen é obrigado a admitir que ‘tanto uma ordenação jurídica como um todo quanto uma norma jurídica isolada perdem a validade, quando deixam de ser eficazes’. Em outras palavras, para responder à questão em torno da qual constrói toda a sua doutrina (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à rigorosa separação entre mundo natural e mundo normativo, entre ‘ser’ e ‘dever-ser’.

Kelsen, no entanto, afirma que a eficácia não é uma *conditio sine qua non*, mas sim uma *conditio per quam*: a eficácia global de um dado ordenamento jurídico é uma condição, mas não a razão da validade das normas que o integram⁴; a validade, assim, não reside no fato de que o ordenamento em sua totalidade seja eficaz, mas na elaboração de uma norma de acordo com o processo lógico-formal de produção e implica, em termos conceituais, o fato de que estas normas **devem** ser obedecidas ou aplicadas⁵.

O problema em torno da eficácia de uma norma jurídica na teoria pura do Direito coexiste com a definição de validade, entendida como sua existência específica no âmbito do *Sollen* e no tornar obrigatório um determinado comportamento humano (KELSEN, 1984, p. 29).

As indagações acerca de como conciliar o comportamento humano concreto, no mundo dos fatos, tornado obrigatório, com a existência deontológica da norma – sem comunicação com a realidade – vem respondida por Kelsen através da **diferenciação** entre as esferas do ser (*Sein*) e do **dever-ser** (*Sollen*): não há necessariamente qualquer coincidência entre o comportamento prescrito por uma norma e o comportamento efetivo que lhe seja conforme, pois aquele primeiro nunca poderá ser teoricamente concebido como algo pertencente ao mundo do ser, mas ao âmbito do dever-ser (KELSEN, 1984, p. 48 *et seq.*; 109 *et seq.*; 1987, p. 12-13).

⁴ Cf. Kelsen, 1984, p. 299. Comparar com Miranda Afonso, 1984, p. 256-257.

⁵ Cf. Kelsen, 1938, p. 13; 1986, p. 37-38.

Já em 1925, quando elaborou sua *Teoria Geral do Estado*, Kelsen (1938, p. 8-9) assim se pronunciava:

Uma regra (e o que dela vamos dizer aplica-se igualmente bem à própria ordem normativa) obriga os indivíduos a adotar certa conduta, a praticar certo ato e a abster-se de outro. Mas mesmo que nos não conformemos com as suas determinações – deixando de fazer o que devíamos ou fazendo aquilo de que devíamos abster-nos –, a regra não deixa, por isso, de subsistir. É certo que, então, diremos que a regra foi violada, mas isso por forma alguma significa que ela deixa de estar em vigor. A sua validade não foi atingida. Ora, é precisamente nessa validade (*Geltung*) que consiste a existência das regras. E uma ordem normativa pode ser válida mesmo quando a realidade não é perfeitamente conforme com ela.

Essa forma de encarar o comportamento humano concreto, cuja obrigatoriedade indica meramente a presença de um significado normativo, radica na diferença conceitual entre a norma e o ato de vontade do qual ela representa o sentido, mais especificamente entre este ato e o sentido de vontade que ele representa⁶.

Contudo, se a distinção entre a norma jurídica e o ato de vontade que a põe é algo evidente e verificável empiricamente – vez que a norma jurídica adquire vigência somente após a conclusão do processo legislativo (conclusão do ato de vontade) e assim permanece mesmo que “o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não exista” (KELSEN, 1984, p. 29), já é mais difícil perceber a pretendida diferença entre o **comportamento devido** e o **comportamento efetivo**, em virtude de **certa medida** de conformidade que deve necessariamente haver entre

o comportamento indicado na norma e aquele que se realiza no mundo dos fatos (KELSEN, 1984, p. 30)⁷.

Um problema essencial enfrentado por Kelsen acerca da eficácia consiste, dessa forma, na determinação da natureza dessa **certa medida de conformidade**, que permita estabelecer uma relação entre validade e eficácia sem infringir a distinção fundamental entre *Sein* e *Sollen* (KELSEN, 1986, p. 36-37).

Por eficácia, Kelsen entende o fato de que uma norma seja efetivamente observada ou aplicada (KELSEN, 1984, p. 29)⁸. Assim entendida, trata-se de uma **condição de validade** da norma jurídica – ao lado de sua própria formulação –, de tal maneira que não se pode considerar norma jurídica válida uma norma que não seja aplicada nem observada durante algum tempo e que, por isso, se torna ineficaz.

No entanto, a eficácia, da maneira como é concebida, não se identifica com a validade⁹, vez que deve subsistir a possibilidade de um comportamento não conforme à norma jurídica, para que não se cometa o erro metodológico de se cair numa consideração determinista, ou seja, daquilo que deve necessariamente acontecer segundo uma lei natural (KELSEN, 1984, p. 119; 1987, p. 12-13)¹⁰. Conforme destaca Elza Maria Miranda Afonso, (1984, p. 260)

a norma jurídica será válida se eficaz e não porque eficaz. O fundamento de validade não é a eficácia; é a norma fundamental que enuncia que se deve agir em conformidade à Constituição que é, de modo geral, eficaz.

Uma passagem da *Teoria Geral das Normas*, finalmente, resume a essência das noções de Kelsen (1986, p. 4-5)¹¹ acerca das relações entre validade e eficácia:

⁶ Este é o conceito de “norma” na segunda edição da *Reine Rechtslehre*. Cf. Kelsen, 1984: 22. “Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui” (Kelsen, 1984, p. 22).

⁷ Já na época de sua *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen (1938, p. 15) advertia que “a realidade não pode ser a imagem perfeita da ordem normativa, mas deve, no entanto, ter um mínimo de semelhanças com o seu modelo ideal. A relação entre ambas move-se, portanto, entre dois limites, o que torna o problema muito mais complexo”.

⁸ “*Observância* do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção” (Kelsen, 1984, p. 327). Por sua vez, “*aplicação* do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma” (Kelsen, 1984, p. 325).

⁹ Kelsen, aqui, continua fiel aos seus postulados da pureza metodológica, explicados logo no início da teoria pura.

¹⁰ Cf. Cotarello, 1982, p. 139-146.

¹¹ Para uma visão global, cf.: Miranda Afonso, 1984, p. 255-261. Nesse sentido, também a lição de Travessoni Gomes, para quem “Kelsen não negou que a existência de uma ordem coercitiva eficaz (um fato da ordem do ser) é condição para que se pressuponha a norma fundamental. Kelsen não pregou, portanto, a disparidade absoluta entre ser e dever-ser. Esse fato, a existência dessa ordem eficaz (um ser), não é, entretanto, como demonstrado, o fundamento de validade da norma fundamental. Ele (esse fato) está, no silogismo, abaixo da norma fundamental – que é o fundamento de validade de uma determinada ordem – sendo, portanto, condição para que possamos pressupor o fundamento de validade dessa ordem” (2000, p. 176-177).

No fato de que uma norma deve ser cumprida e, se não cumprida, deve ser aplicada, encontra-se sua validade, e esta constitui sua específica *existência*.

Do efetivo cumprimento da norma – ou do seu não cumprimento com a conseqüente aplicação – disto deriva sua eficácia. Validade e eficácia da norma precisam, claramente, não ser confundidas.

Para ser existente – quer dizer, para valer – a norma tem de ser estabelecida por um ato de vontade. Nenhuma norma sem um ato de vontade que a estabeleça ou – como na maioria das vezes se formula esta proposição fundamental: nenhum imperativo sem um mandante, nenhuma ordem sem um ordenador.

Em artigo intitulado *Por que a lei deve ser obedecida?*, Kelsen (1997, p. 251) propõe a seguinte questão:

Não perguntamos se o Direito positivo é válido – que o seja é pressuposto por uma teoria do Direito positivo; é uma característica essencial do Direito positivo. O significado subjetivo dos atos pelos quais são criadas as normas (isto é, prescrições, comandos) do Direito positivo é, necessariamente, que essas prescrições devem ser obedecidas. Mas, novamente, por que seu significado *subjetivo* é considerado também como seu significado *objetivo*? Nem todo ato cujo significado subjetivo é uma norma é também objetivamente uma. Por exemplo, a ordem de um ladrão para que você lhe dê a bolsa não é interpretada como uma norma obrigatória ou válida. Reformulada, então, nossa pergunta é: por que interpretamos os atos pelo quais é criado o Direito positivo como tendo não apenas o significado subjetivo, mas também o significado objetivo de normas obrigatórias?

Após apontar as respostas aduzidas pela teoria do **direito natural** – para a qual o motivo para a validade do Direito é sua concordância com os princípios imanentes à natureza, que são superiores ao Direito positivo, feito pelo homem –, bem como pela **teologia cristã** – segundo a qual os homens devem obedecer ao Direito positivo porque sua obediência é ordenada por Deus, sendo que, em última análise, a obediência do homem é devida a Deus e não ao Direito positivo

como tal –, Kelsen sustenta que tais posições não são aceitáveis por uma ciência do Direito positivo, uma vez que, “se a validade desse Direito, sua validade imanente, está em questão, o motivo para ela não deve ser procurado em outra ordem, uma ordem superior”: ao contrário, deve-se sempre supor que o Direito positivo é uma ordem suprema, soberana (KELSEN, 1997, p. 256).

Na teoria pura do Direito, um sistema normativo **estático** se caracteriza pelo fato de que a validade das normas reside em seu conteúdo, derivado de uma norma superior, da mesma forma que um particular pode ser racionalmente derivado do universal; num sistema **dinâmico**, por sua vez, as normas que o integram não podem ser criadas mediante uma operação intelectual a partir de uma norma básica e, por isso, devem ser derivadas de um ato de vontade (de um ato de poder e não de um ato de conhecimento) dos indivíduos para tanto autorizados por uma norma de hierarquia mais alta – a ausência dessa **validade intrínseca** faz com que a norma superior jamais possa determinar inteiramente o conteúdo da norma inferior que a concretiza, mas apenas legitimar e tornar obrigatório (formalmente válido) o conteúdo do ato de vontade que a editou¹².

Kelsen, dessa forma, pretende que a justificação do fundamento de validade de uma norma jurídica não necessite submeter-se a uma instância sobre-humana (metafísica), mas sim na validade de outra norma pré-existente. Esse é o sentido de suas afirmações, segundo as quais um **dever-ser** só pode derivar de outro **dever-ser**, e a eficácia global de um ordenamento jurídico é apenas uma **condição**, mas não a **razão** da validade das normas que o integram (KELSEN, 1984, p. 299)¹³.

Nesse afã de eliminar as considerações meta ou extrajurídicas para justificar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, Kelsen recorre à **norma fundamental** (*Grundnorm*) para consolidar a ideia de que o **Direito é obrigatório – e, portanto, válido – em função dele próprio**, tentando preservar, dessa forma, a autonomia do especificamente jurídico com relação à faticidade do *Sein*, e afastar o

¹² Uma norma, segundo o Kelsen pós-1960, é o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido intencionalmente à conduta de outrem; sendo assim, é algo *querido (posto)* e não *pensado*: é o reconhecimento desse ato de vontade por uma norma de hierarquia superior que fornece um sentido objetivo à decisão do órgão autorizado, mediante a interpretação do sentido subjetivo desse ato como seu sentido objetivo.

¹³ Comparar com Miranda Afonso, 1984, p. 241-254 [esp. pp. 243-244].

Sollen de qualquer tipo de considerações éticas, quaisquer outros valores transcendentais ao Direito positivo:

Existem diferenças essenciais entre a doutrina da norma fundamental e a do direito natural, tal como demonstrei no capítulo *Theorie der Grundnorm und Naturrechtslehre* de minha *Reine Rechtslehre*. A diferença fundamental é que o conteúdo do ordenamento jurídico positivo é completamente independente da norma fundamental, da qual pode ser derivada apenas a validade objetiva das normas do ordenamento jurídico positivo e não o conteúdo desse ordenamento; enquanto que, de acordo com a doutrina do direito natural, um ordenamento positivo é válido somente enquanto seu conteúdo corresponde ao do direito natural. (KELSEN, 1995, p. 66)

Ao considerar a norma fundamental como um pressuposto **lógico-transcendental** sob o ponto de vista teórico-gnoseológico (KELSEN, 1995, p. 65), busca Kelsen fornecer resposta à questão do fundamento de validade (razão de obrigatoriedade) do ordenamento jurídico como um todo – assim como de suas normas isoladamente consideradas –, qualificando-a não como norma posta (querida), mas como norma **pressuposta** (pensada) ou Constituição em sentido lógico-jurídico¹⁴:

Posto que, de acordo com minha teoria, a norma fundamental se refere unicamente a um ordenamento coercitivo geralmente eficaz e posto que a norma fundamental é adaptada a este ordenamento coercitivo e não o ordenamento coercitivo à norma fundamental, é nesse sentido que, na norma fundamental, a efetiva criação das normas mediante atos reais de vontade e a eficácia destas normas se convertem na condição da validade objetiva do ordenamento coercitivo. Portanto, a norma fundamental não ‘garante’ a eficácia do ordenamento jurídico. Não influi para que este resulte eficaz [...] O ordenamento coercitivo normativo a que se refere a norma fundamental e do qual ela depende não é idêntico a estes fatos. A eficácia de um ordenamento normativo é uma condição de validade, não sua validade. (KELSEN, 1995, p. 67-68)

Na qualidade de **norma pressuposta como válida**, ela funciona como o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo, de tal sorte que deve haver uma pressuposição tácita, uma causa primeira, da qual depende ou se fundamenta a aceitação do **sentido subjetivo** de um ato volitivo (no caso, a Constituição em sentido jurídico-positivo) como seu **sentido objetivo**. (KELSEN, 1984, p. 267-285 e 1995, p. 76)¹⁵.

3 O COERCITIVISMO NA TEORIA DE KELSEN

As primeiras manifestações das teorias coercitivistas remontam à obra de Christian Thomasiaus, assim como a Rudolf Ihering e, já no século XX, a Hans Kelsen e Binder, os quais tomam o Direito enquanto coação, ordem de coação ou coação regulada. Jellinek, por sua vez, sustentava a teoria da **força normativa dos fatos**, baseando-se no fato de que a natureza humana tende a reproduzir mais facilmente o já realizado do que o novo, olvidando, pois, o fato de que, ao lado do elemento conservador, há também, imanente na natureza humana, um elemento inovador, um desejo latente de mudança (1954, *passim*).

Para os coercitivistas, o ordenamento normativo só se coloca como jurídico, isto é, válido – no sentido de validade universal – quando se faz sustentar por uma maior força material: econômica, financeira e, finalmente, policial e militar. É justamente o Estado o detentor desse *imperium*, como poder de decisão unilateral, o qual só veio a surgir na modernidade, fazendo frente às ordens de coordenação das relações contratuais, tais como as vivenciadas pela sociedade feudal. Esse poder supremo do Estado traduziria o próprio conceito de soberania sob uma ótica interna: poder exercido genericamente sobre a sociedade nacional.

Tem-se que o Estado deve primar sobre qualquer outra pessoa jurídica, tanto as subordinadas – da ordem interna – quanto as superpostas – as autoridades internacionais –, uma vez que, conquanto as instituições internacionais possam ser tidas como su-

¹⁴ É muito controversa a problemática kelseniana acerca da explicação definitiva da norma fundamental através da “Filosofia do als-ob” (“Como-Se”), de Vaihinger. Em 1933, em carta endereçada a Renato Treves, Kelsen afirmou que, para evitar interpretações errôneas, preferiu renunciar a se inspirar em Mach (princípio da economia do pensamento) e em Vaihinger (teoria da ficção), optando por filiar-se, “com reservas”, à filosofia transcendental neokantiana: “A norma fundamental responde à seguinte questão: qual é o pressuposto que permite se sustentar se não importa qual ato jurídico pode ser qualificado como tal, isto é, definido como um ato servindo de base ao estabelecimento da norma, assim como a sua execução. Esta questão se insere completamente no espírito da lógica transcendental” (Kelsen, 1991, p. 72). No entanto, adotaria posteriormente a conduta oposta numa passagem da “Teoria Geral das Normas”, afirmando que a norma fundamental é “uma pura ou ‘verdadeira’ ficção, no sentido da vaihingeriana filosofia do Como-Se...” (KELSEN, 1986, p. 328-329).

¹⁵ Comparar com Miranda Afonso, 1984, p. 253-254.

periores na hierarquia jurídica, resultam inferiores na hierarquia da força. Isso se explica pelas inúmeras deficiências do Direito internacional, no qual a formação de uma estrutura prévia, que realmente comporte o monopólio da força, de forma similar à exercida pelos Estados, ainda se encontra no plano da elaboração¹⁶.

Como se pode depreender da análise feita, Kelsen foi um coercitivista, ou a perspectiva coercitivista casa-se perfeitamente ao arquétipo estruturante de sua teoria do Direito.

Na **Teoria Pura do Direito**, o autor sustenta que “o Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz” (KELSEN, 1986, p. 66). A importância da coerção no normativismo kelseniano vincula-se à afirmação de um dos postulados principais da sua teoria, é dizer, a separação rígida entre Direito e Moral. A coercitividade garante o fundamento da própria antijuridicidade, impedindo que esta busque qualquer referência que extrapole às próprias normas jurídicas. Não são referências a valores ou elementos transcendentais ao Direito positivo que determinarão uma conduta com ilícita, mas simplesmente a estrutura normativa que prescreve um ato coativo como consequência imputada a esta conduta.

Esta é, inclusive, uma das grandes contribuições do pensamento de Kelsen para a teoria jurídica do século XX, possibilitando uma mudança na compreensão do próprio lugar a ser ocupado no Direito pelo lícito e pelo ilícito. Como bem diz Mata-Machado (1957, p. 214),

[...] antes, considerava-se o anti-jurídico como negação do direito. É ainda a significação dada pelo senso comum. Para Kelsen, esse é um ponto de vista jurídico-político. Em sua doutrina, o anti-jurídico é, ao contrário, ‘condição específica do direito’. De uma posição extra-sistemática, o conceito de anti-jurídico recebe posição ‘intra-sistemática’.”

Verifica-se, pois, no coercitivismo kelseniano uma função que transcende muito a simples busca da segurança jurídica. Há nele uma superação de um dos elementos mais notáveis a caracterizar a ordem jurídica até o século XIX: a pretensão de ser ela uma

ordo rationis, imbuída de uma racionalidade que lhe assegurava supremacia axiológica e ponto de referência para a percepção do bem e do mal. Em Kelsen, ao contrário, fica clara a pretensão de que o Direito seja, fundamentalmente, “um mecanismo coativo que não corresponde, em si e por si, a nenhum valor político ou ético” (KELSEN, 1986, p. 60). O estatuto puramente normativo de toda coercitividade é abertamente sustentado em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, escrita já em sua fase de vida nos Estados Unidos da América, em Berkeley. Ali, ao enfrentar as objeções sobre possíveis dimensões meta-normativas da coerção, destaca que:

O elemento coerção, essencial ao direito, consiste não na chamada compulsão psíquica, mas no fato de que atos específicos de coerção, considerados como sanções, são estabelecidos para casos também específicos pelas regras que formam a ordem jurídica. O elemento de coerção só tem importância quando forma parte do conteúdo da norma jurídica, como ato estipulado por esta e não como um processo na mente do indivíduo submetido à própria norma. (KELSEN, 1995, p. 19-20).

Assim é que Kelsen inverterá a clássica distinção entre normas primárias ou de conduta, destinadas aos cidadãos, e normas secundárias ou de sanção, dirigidas aos juízes, considerando estas últimas como principais, uma vez que o essencial no Direito é sua coercitividade (KELSEN, 1986, p. 68-70). A norma jurídica centra-se fundamentalmente na definição das condições de implementação da sanção o que leva a que notáveis estudiosos vejam aí uma autêntica redução do Direito à norma sancionadora. Como diz Arnaldo Vasconcelos, (2002, p. 80),

a norma secundária, onde se possibilitam o dever jurídico e a faculdade correlativa passa a importar tão-somente na exata medida em que serve de pressuposto da norma primária, essa sim, a autêntica norma jurídica

Veja-se que a tessitura desse postulado tem relevância também para a reafirmação da separação entre os planos do **ser** e do **dever ser**. A sustentação da ilicitude como algo externo e contrário à normatividade terminava por criar o risco de comprometimento

¹⁶ A possibilidade de uma ordem internacional que regulamente os comportamentos na Sociedade Internacional, mediante a estipulação prévia de condutas e o monopólio da força, é um sonho antigo do pensamento ocidental e que hoje parece ganhar, mais do que nunca, foros de realidade em vias de concretização, tendo em vista a estrutura já existente da União Europeia, e aquela aventada pelo Tratado de Roma (17/07/1998) criadora de um Tribunal Penal Internacional.

da validade por fatos externos ao Direito. Esta é a intenção de Kelsen (1986, p. 169-170) quando diz que,

[...] o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele.

A ilicitude se instaura, pois, como condição fundamental ao Direito, não havendo de ser considerada apenas como sua negação, como se houvesse um antijurídico já fora da juridicidade. Ao se fazê-lo, pretende-se, mais uma vez, libertar o âmbito de validade das normas de qualquer comprometimento com mundo do ser, verificando-se que a validade restará sempre imaculada, mesmo diante de atos que aparentemente importem na sua negação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kelsen é um verdadeiro divisor de águas no pensamento jurídico moderno. Suas contribuições, além de pungentes e inovadoras, vieram fortalecidas pelo rigor lógico e pela capacidade analítica herdada de seus grandes mestres do Círculo de Viena. Teve ele também a fortuna de lançar suas contribuições num momento histórico muito favorável, para um mundo que ansiava por rigor, cientificidade e depuração nos discursos de todos os ramos do saber humano. Como homem do seu tempo, Kelsen teve de encontrar resposta para o verdadeiro dilema que se colocava aos juristas no início do século XX: seria possível oferecer um estatuto de cientificidade ao Direito, ou ficaria ele consagrado como mero arcabouço técnico e instrumental a serviço do poder vigente? Vale dizer, se o Direito na modernidade passou a ser, por excelência o Direito positivo, poderíamos encontrar nele autêntico objeto para especulações científicas? Ou seriam estas eternamente reféns, ou de concessões metafísicas – que marcam, por exemplo, a tradição jusnaturalista –, ou do condicionamento insuperável do Direito à particularidade geográfica e temporal de sua produção, carentes, portanto, de legítimo objeto de estudo?

O neopositivismo lógico de Hans Kelsen parece ser, antes de tudo, uma tentativa de resposta a esse dilema. Ele busca resgatar, sob o manto de um rigo-

roso discurso científico, a autonomia do Direito na ordem do saber humano, e sua possível compatibilidade com o paradigma da ciência de seu tempo. Ao buscar esta resposta, são muitas as contribuições que ele nos trouxe a reboque. Problemas antigos da Teoria do Direito, como a questão da ilicitude, puderam então encontrar caminho para uma mais coerente solução e uma melhor fundamentação. Todavia, em que pese o brilho de seu gênio – que certamente o faria merecedor de um Prêmio Nobel, se tal houvera para o Direito¹⁷ – foi Kelsen refém de um problema que, na história do Direito, a tantos outros também atingiu: a radicalização de seus postulados teóricos com a conseqüente limitação dos horizontes de compreensão de um fenômeno intrinsecamente complexo e multifário como o Direito. A saída cientificista por ele encontrada termina por pecar por um excesso de abstracionismo, apartando o Direito não apenas de outras ordens normativas e ramos do saber, mas da própria realidade da vida. Ao praticamente desconsiderar os importantes momentos da aplicação e da legitimação da produção normativa, o positivismo kelseneano termina por olvidar duas importantes e fundamentais dimensões do Direito, abrindo um perigoso caminho para que suas conclusões seguissem, a passos largos, ao encontro de posições teóricas e ideológicas que deveriam ser-lhe refratárias.

Nesse ponto, seu pensamento a respeito da coerção pode apresentar, com cristalina evidência, o rigor e a importância de seu discurso, e os limites de sua abordagem quando trazida à luz de outros pressupostos, possíveis e necessários, na compreensão do fenômeno jurídico. Assim, diante do pressuposto de legitimidade democrática que hoje permeia o discurso jurídico, agrava-se sobremaneira a limitação da abordagem kelseniana – há muito já denunciada – acerca do lugar da coerção na estrutura da norma jurídica, bem como seu papel na edificação do próprio dever de obediência ao Direito.

A vertente crítica às teorias coercitivististas há muito vem a apontar, como grande fragilidade dessa escola, o fato de que suas concepções apenas servem para esclarecer por que as normas são válidas, e não por que devem ser obedecidas, contentando-se em demonstrar terem as normas que ser obedecidas justamente por serem válidas. A força poderia produzir, talvez, um ter de obedecer (Müssen), mas nunca um dever de obedecer (Sollen).

¹⁷ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Estudo introdutório.

Tem-se, assim, que não basta a força para se impor uma norma como válida. Já Rousseau, em seu majestoso *O Contrato Social*, enfaticamente havia advertido: “O mais forte não é jamais suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em Direito e a obediência em dever” (ROUSSEAU, 1981, p. 20). Igualmente curiosa é a advertência atribuída a Talleyrand, que, ante a prepotência de Napoleão, ter-lhe-ia afirmado: “Com as baio netas, Senhor, pode-se fazer tudo, menos uma

coisa: sentar-se sobre elas”. É a diferença entre o poder-força e o verdadeiro poder, que se traduz em autoridade, investindo-se de superioridade moral e justificativa ética. O primeiro sustenta-se apenas através da ameaça e da violência. A autoridade, ao contrário, baseia-se primacialmente no respeito livremente consentido. Esta é a tônica de nossos dias, que, para além de Kelsen (e por tantas vezes mesmo contra Kelsen), mas nunca sem Kelsen, cabe a todos os juristas conquistar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme – stato e diritto in Hans Kelsen*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- COTARELO, Juan García. Ideología y conocimiento: el formalismo jurídico en Hans Kelsen. *Revista de Política Comparada*, Madrid: Universidad Nacional Menéndez-Pelayo/ UNED, n. 7, 1982.
- GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- HART, Herbert L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, p. 593-629, 1958.
- _____. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- JELLINECK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatrós, 1954.
- KELSEN, Hans. *Autobiografía de Hans Kelsen*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- _____. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Tradução de Florencio Acosta. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- _____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Tradução de Wenceslao Roces. México, D.F.: Porrúa, 1987.
- _____. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986a.
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Acadêmica/ Saraiva, 1938.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LOSANO, Mario G. *Introdução à obra O problema da Justiça, de Hans Kelsen*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MARTIN, Rex. *A system of rights*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- MATA-MACHADO, E. Godói da. *Direito e coerção*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- _____. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFMG, 1984.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, v. 13, p. 27-34, abr. 1976.
- PAULSON, Stanley L. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. Tradução de José García Añón. *Doxa*, Alicante, n. 9, p. 173-187, 1991.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Hemus, 1981].
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito Titular da 2ª AJME do Estado de Minas Gerais | Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista e especialista em Direito Administrativo e Administração Pública Municipal pela Universidade Paulista | Membro Titular da Academia Mineira de Direito Militar, Cadeira Alferes Tiradentes e membro correspondente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas | Autor do Código Penal Militar – Comentando Artigo por Artigo, Parte Geral e Parte Especial.



Organização do Poder Judiciário Militar e a análise do mérito do ato administrativo e do ato administrativo disciplinar

RESUMO

A Justiça Militar, Estadual, Distrital, ou Federal, é um dos órgãos do Poder Judiciário previstos expressamente na Carta Republicana de 1988. Segundo o estabelecido na norma fundamental, o Poder Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, devendo permitir o seu acesso a prestação jurisdicional. Por força dos preceitos constitucionais, existem doutrinadores que entendem que o mérito do ato administrativo poderá ser analisado pelo Juiz ou mesmo pelos Tribunais, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

ABSTRACT

The Justice Military, State, Distrital, or Federal, it is one of the organs of the Judiciary Power foreseen expressly in the Republican Letter of 1988. As the established in the fundamental norm, the Judiciary Power is the guardian of the rights and the citizen's fundamental warranties should allow your access the installment jurisdiction. For force of the constitutional precepts, doctrine that understand that the merit of the administrative act can be analyzed by the Judge exist or even for the Tribunals, once any lesion or he/she threatens to right he/she will leave of being appreciated by the Judiciary Power.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1808, em razão do bloqueio continental, a Família Real veio para o Brasil, e o país, a Terra de Santa Cruz, a Ilha de Vera Cruz, deixou a condição de colônia para ser elevado à categoria de **Reino Unido a Portugal e Algarves**, o que trouxe modificações políticas e sociais, uma vez que a Administração Pública portuguesa se instalou em solo brasileiro.

Por ordem do rei foram criadas várias instituições que até então não existiam, como a Guarda Real, a Biblioteca Nacional, o Jardim Botânico, e ainda foi

determinada a abertura dos Portos, medidas que modificaram o aspecto do Brasil, trazendo uma maior importância política no cenário político e econômico.

A instituição militar acompanhou a vinda da Família Real através da organização de um corpo militar uniformizado voltado para a defesa da Família Real, e mais tarde, das instituições criadas na ex-colônia. Devido a suas particularidades e assim como ocorria em Portugal, os militares passaram a ser regidos por regulamentos próprios, aplicados por aqueles que integravam a carreira das armas, que possuíam as suas particulares. Esses princípios se encontravam assentados em dois princípios fundamentais, a hierar-

quia e a disciplina.

A existência das instituições militares, sejam elas pertencentes às Forças Armadas ou às Forças Auxiliares, é essencial para a manutenção do Estado e para a preservação da segurança interna, no aspecto de ordem pública, e nacional, na defesa da soberania do território, do espaço aéreo e do mar territorial.

No entanto, segundo alguns, a Justiça Militar, Federal ou Estadual, deve ser extinta porque estaria contribuindo para a impunidade e ao mesmo tempo seria um Corte de Exceção, sem sentido em um país que escolheu a democracia, e vive sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Alguns críticos da Justiça Militar na maioria das vezes não conhecem sua estrutura, nem mesmo assistiram qualquer julgamento perante uma Auditoria Militar, e fazem suas observações sem a presença de critérios científicos, que devem ser utilizados pelo pesquisador na busca de uma informação precisa, que possa contribuir para o aprimoramento do sistema.

A Justiça Militar no Brasil encontra-se prevista e disciplinada na Constituição Federal (CF) no art. 92, inciso VI, segundo o qual: "São órgãos do Poder Judiciário, VI - Os Tribunais e juízes militares". Os juízes militares e os Tribunais Militares são órgãos do Poder Judiciário e, portanto, não se encontram inserido no contexto de Tribunais de Exceção. Afirmar que a Justiça Castrense é uma Justiça de Exceção é desconhecer o sistema jurídico brasileiro.

O artigo 5º, XXXVII, da Constituição Federal (CF), veda expressamente o julgamento do cidadão por Tribunal de Exceção, garantindo assim o princípio do juiz natural. Por força do art. 60, § 4º da CF, os direitos e garantias fundamentais do cidadão não podem ser objeto de Emenda Constitucional. Com base nesse dispositivo, fica mais do que evidenciado que a Justiça Castrense não é um Tribunal de Exceção, mas uma Corte com previsão constitucional.

2. ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURA DA JUSTIÇA MILITAR

No sistema jurídico brasileiro, a Justiça Militar divide-se em Justiça Militar da União e Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, sendo que a primeira julga em regra os militares integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Força Aérea), quando estes violarem os dispositivos do Código Penal Militar, enquanto a segunda julga os integrantes das Forças Auxiliares, (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), também por violação das

disposições do Códex Militar.

A 1ª Instância da Justiça Militar da União é constituída pelos Conselhos de Justiça, formados por um juiz auditor, provido no cargo por um concurso público de provas e títulos, e mais quatro oficiais. Os Conselhos de Justiça dividem-se em Conselhos Especiais, destinados ao julgamento dos oficiais, excetuados os oficiais gerais, e Conselhos Permanentes, destinados ao julgamento das praças (soldado, cabo, sargento, subtenente, e aspirante a oficial).

Devido à formação mista existente nos Conselhos de Justiça, formados por um juiz civil mais os juizes militares, estes são chamados de escabinado ou escabinato. Os militares que integram os Conselhos Permanentes atuam na Justiça Militar por um período de três meses, ao término do qual novos oficiais serão chamados para compor a Corte Castrense.

É importante se observar que esses Conselhos de Justiça no âmbito da União são presididos por um juiz militar que tenha a maior patente em relação aos demais integrantes do órgão julgador, e a sede da Justiça Especializada em 1º grau possui a denominação de Auditoria Militar.

A organização da Justiça Militar Estadual e do Distrito Federal em 1ª instância é semelhante à da Justiça Militar Federal, guardadas algumas particularidades no tocante aos postos e graduações das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, uma vez que nas Forças Auxiliares não existe a previsão de oficiais gerais (general, almirante e brigadeiro).

Deve-se observar ainda que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, Reforma do Poder Judiciário, os Conselhos de Justiça no âmbito dos Estados e do Distrito Federal são presididos pelo juiz de direito e não pelo juiz militar de maior posto.

No Estado de São Paulo, a Justiça Castrense possui quatro Auditorias, todas com sede na Capital. Os policiais militares e bombeiros militares que residem no interior são obrigados a se deslocarem de suas sedes, chamadas de OPM (Organizações Policiais Militares), para serem processados na Capital, sendo obrigados na maioria das vezes a contratarem advogados que possuem os seus escritórios na cidade de São Paulo.

No Estado de Minas Gerais, existem três Auditorias Militares, cada uma com um juiz de direito titular e um juiz de direito cooperador, e todas com sede na Capital, Belo Horizonte. A Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, Lei Complementar n. 59/2001, prevê a instalação de mais três

Auditorias Militares, todas com sede no interior do Estado, sendo possivelmente uma na região da Zona da Mata, uma na região norte do Estado e outra no Triângulo Mineiro.

O Estado do Rio Grande do Sul é o único Estado membro da Federação que efetivamente possui Auditorias Militares no interior. Conforme a Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, existe uma Auditoria Militar na cidade de Santa Maria e outra Auditoria Militar na cidade de Passo Fundo. Na capital do Estado, Porto Alegre, existem duas auditorias judiciárias militares.

Em nível de 2ª Instância, em relação à Justiça Militar Federal temos o Superior Tribunal Militar (STM), que julga os recursos provenientes das Auditorias Federais e a matéria originária prevista em seu Regimento Interno. No caso da Justiça Militar estadual, a 2ª instância é constituída em alguns estados (Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul) pelos Tribunais de Justiça Militar (TJM). Nos Estados onde não existe o TJM, essa competência é exercida por uma Câmara Especializada do Tribunal de Justiça, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro.

É importante se observar que o Superior Tribunal Militar (STM) não tem competência para julgar os recursos provenientes da Justiça Militar estadual e do Distrito Federal. O STM tem competência para processar e julgar os processos de justificação referentes aos oficiais das Forças Armadas destinados a decidir sobre a permanência ou não desses militares em seus respectivos quadros. No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, essa competência será do Tribunal de Justiça Militar nos estados onde existe e nos demais Estados a competência será do Tribunal de Justiça em atendimento ao estabelecido na Lei de Organização e Divisão Judiciárias.

No artigo *Perda da Graduação das Praças* (ROSA, 2012), verifica-se que as praças que integram as Forças Auxiliares do Estado e do Distrito Federal somente poderiam perder as suas graduações em razão de matéria administrativa ou de matéria penal, comum ou militar por meio de decisão proferida pelo órgão competente, que na forma da Constituição Federal de 1988 é o Tribunal de Justiça Militar (TJM) nos Estados que possuem a Corte Militar, e nos demais estados da Federal por decisão a ser proferida pelas Câmaras Especializadas dos Tribunais de Justiça.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou a respeito da questão, inclusive com a edição da súmula 673, no sentido de que as praças

na seara administrativa poderão ser demitidas por meio de decisão do comandante-geral e no âmbito penal somente nos casos relacionados com os crimes previstos no Código Penal Militar. No mesmo sentido, está a perda do posto e da patente dos oficiais, que somente poderá ser decidida pela Justiça Militar quando estiver relacionada com a prática de ilícitos penais previstos no Código Penal Militar.

No Pretório Excelso, a perda do posto, da patente e da graduação das praças apenas ocorre quando estiver relacionada com a prática de ilícitos penais previstos no Código Penal Militar, precedentes do ministro Joaquim Barbosa, um deles proveniente do Estado de Minas Gerais, e precedentes do ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

Apesar das decisões proferidas pelo STF, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa defende, na obra *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*, que a Constituição Federal de 1988 em nenhum momento fez qualquer diferenciação quanto à natureza do ilícito, comum ou militar, ou mesmo administrativo, no que se refere à perda do posto e da patente e da graduação das praças. A norma constitucional assegura a vitaliciedade aos militares que somente perderão o seu posto, patente ou a sua graduação por meio de decisão transitada em julgada proferida por Tribunal competente.

3. ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Segundo a Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário. O sistema jurídico brasileiro fez a opção pela existência de uma jurisdição única, contrapondo-se à organização de países como França, Espanha, Portugal e outros, que possuem duas jurisdições, uma administrativa e outra judicial, ou o que se denomina de sistema de jurisdição dúplice.

Nesse sentido, o Poder Judiciário no Brasil é o responsável pelo julgamento de causas, lides, que estejam relacionadas tanto com questões judiciais e administrativas, não podendo deixar de dizer o direito no caso concreto. Em um Estado de Direito, os Poderes (na verdade, as funções, pois o Poder é único) exercem controle uns sobre os outros na busca da preservação da legalidade e do sistema democrático. Esse sistema de fiscalização é conhecido como sendo de freios e contrapesos, ou, *rules of the games*.

O texto constitucional consagrou no art. 2º que

os Poderes são independentes e harmônicos entre si, sendo que estes não se encontram em posições paralelas, em que por meio das funções atípicas cada um exerce funções que tipicamente pertencem ao outro Poder. Fundamentado na independência dos poderes e nos critérios de conveniência e oportunidade, que são conceitos indeterminados, a doutrina construiu a teoria de que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, sendo este princípio repetido em vários julgados dos nossos Pretórios.

Segundo Hely Lopes Meirelles (1996),

(...)

a discricionariedade não é arbitrariedade, mas apesar disto o Poder Judiciário não teria competência para se manifestar sobre o mérito do ato administrativo, relacionado com a conveniência e a oportunidade do administrador.

Porém, não se deve esquecer que o administrador também pode praticar **excessos**, agir com assédio moral, com abuso de autoridade e ainda com parcialidade, com flagrante **violação ao princípio da impessoalidade**, que foi expressamente consagrado no art. 37, *caput*, da CF, agindo com autoritarismo, esquecendo-se dos preceitos que publicamente jurou aplicar e defender.

O mérito do ato administrativo é um conceito indeterminado, que permite dúvidas, controvérsias e até mesmo incertezas, e que muitas vezes é utilizado para esconder os atos arbitrários que são praticados por administradores afastados do espírito público que deve reger as relações entre o Estado e os seus administrados e funcionário. Impedir que o Poder Judiciário, que por força da Constituição Federal deve se manifestar a respeito de qualquer lesão suportada pelo cidadão, venha a se manifestar sobre a validade e eficácia de um ato administrativo pelo fato de este estar relacionado com o mérito administrativo é negar jurisdição ao administrado, o que fere a Carta da República.

A análise do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, como já acontece no ordenamento alienígena, não é invasão de competência ou mesmo uma possível ditadura desse Poder da República. A questão é colocada como sendo controvertida, muitas vezes como um fantasma, que assusta e desperta a ira daqueles que entendem que o Poder Judiciário estaria limitando e invadindo a esfera de competência do Poder Executivo.

A função executiva tem como finalidade a ad-

ministração do Estado na busca do interesse público e do bem comum da coletividade, que, por meio de um contrato, permitiu que uma pessoa abstrata (Estado) ficasse responsável pelo seu destino, mas respeitando-se a lei e os princípios de moralidade, impessoalidade, entre outros.

Celso Antônio Bandeira de Melo (1996, p. 10-11), ao se manifestar sobre o respeito à legalidade pela Administração Pública, observa que

(...)

próprio do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se em quaisquer de suas feições, sujeitando-se aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de 'poder' discricionário.

Buscando superar o preconceito relacionado com a análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, que se afasta dos preceitos constitucionais, a doutrina pátria **vem defendendo a tese segundo a qual a norma discricionária fica sujeita a uma finalidade que seria a busca da melhor solução.**

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, (1996) o administrador, nos atos discricionários, deve buscar, entre as várias soluções aplicáveis ao caso, a solução ótima para dar atendimento à finalidade pretendida pela lei. A escolha dessa solução ótima configura-se em um ato de legitimidade, que deve ser analisado pelo Judiciário, uma vez que, quando não existe atendimento à finalidade pretendida pela lei, este é nulo. Assim, a discricionariedade estaria relacionada com a lei e não seria uma questão de mérito.

A teoria formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello possui fundamentos que permitem ao administrado questionar o ato discricionário por meio de provas, para comprovar que a decisão tomada pelo administrador não levou à melhor solução, a solução ótima, pretendida pela lei, o que configura um desvio de finalidade, permitindo-se ao Judiciário a análise da legalidade do ato. Porém, deve-se observar que a teoria não resolve a questão da análise do mérito administrativo propriamente dito pelo juiz ou tribunal.

A Constituição de 1988, diversamente de outros textos constitucionais, consagrou de forma expressa a existência de uma jurisdição una, em que somente uma decisão transitada em julgado é que coloca tér-

mino a uma discussão, o que trouxe segurança jurídica aos particulares, que possuem direito de acesso a prestação jurisdicional. Afinal, se o Poder Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, não há motivo para que não se estabeleçam limites que não se encontrem estabelecidos na norma fundamental, que deve ser observada e respeitada por todos aqueles que vivem no território nacional, brasileiros e estrangeiros.

No Brasil, existem esferas administrativas, como os Tribunais de Impostos e Taxas, as Seções de Justiça e Disciplina (SJD) das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, as Justiças Desportivas, os Conselhos de Contribuintes, o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal Marítimo, entre outros, mas as suas decisões não fazem coisa julgada, e o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, não há motivo por que o mérito do ato administrativo não pudesse ser analisado pelo Poder Judiciário, que é o único órgão capaz de dar uma solução final ao litígio. Não se deve esquecer ainda que a Constituição Federal estabeleceu expressamente que nenhuma lesão ou ameaça deixará de ser analisada pelo Poder Judiciário.

4. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO MILITAR

A Constituição Federal estabeleceu expressamente que os poderes da União são o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, os quais são independentes e harmônicos entre si, o que significa que entre esses poderes não existe nenhuma subordinação, mas apenas e tão somente uma interligação.

O Poder Executivo é o detentor do orçamento e o responsável pela administração, devendo gerenciar com zelo e diligência a coisa pública, que não pertence a ninguém isoladamente, mas a todos os brasileiros, natos e naturalizados, que vivem no território nacional. O Poder Legislativo é o responsável pela elaboração de leis que irão reger o comportamento daqueles que vivem no território nacional. O Poder Judiciário é o responsável pela realização de julgamentos, aplicando o direito, sem estar sujeito a qualquer tipo de política e pressão. O Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Na atualidade, afirma-se que os problemas enfrentados pelo Brasil são decorrentes da falta de uma reforma efetiva no Poder Judiciário, o que não é ver-

dade. Os críticos não esclarecem à população, por exemplo, que muitos dos problemas brasileiros são decorrentes da falta de estrutura, malversação do dinheiro público e da falta de respeito para com a coisa pública, que acaba tendo uma destinação diversa daquela que é estabelecida muitas vezes na Lei de Diretrizes Orçamentária.

A edição de leis sem uma prévia análise, um estudo efetivo de seu conteúdo e alcance, a falta de revisão de leis consideradas essenciais para uma efetiva prestação jurisdicional, como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, contribuem para a morosidade dos atos processuais, além da falta de recursos para melhor aparelhar o Poder Judiciário, como o aumento do número de funcionários e muitas vezes até mesmo a melhoria das condições físicas dos prédios onde se encontram as unidades judiciais.

Os juízes de 1ª instância, federais e estaduais, têm cumprido de forma efetiva as funções jurisdicionais para as quais foram investidos mediante concurso público de provas e títulos, buscando atender os anseios da população. O país também necessita de uma reforma legislativa, em que não possam existir questões fisiológicas, impunidade, entre outros fatores que levam a despesas que impedem uma melhoria das condições estruturais do país.

Os jurisdicionados, ou, para muitos, os administrados, têm direito a uma efetiva prestação jurisdicional, que deve se pautar pelos princípios que foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que, contrariamente a outros textos constitucionais, foi expressa ao assegurar direitos e garantias fundamentais a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional na construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

A independência dos Poderes da República não impede que o Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais, que têm como fundamento a pacificação das lides, possa analisar os atos que foram praticados pelos integrantes da Administração Pública, Civil ou Militar, ou do Poder Legislativo que vieram a contrariar as leis que haviam sido previamente estabelecidas, causando prejuízos aos que vivem sob o império da lei.

O Poder Judiciário não pode e não deve interferir nos assuntos *interna corporis* dos Poderes, mas, quando um jurisdicionado, brasileiro ou estrangeiro residente no país, é lesado e busca a proteção do Poder Judiciário, caberá ao juiz, federal ou estadual, ou ao tribunal competente analisar o ato praticado

para verificar, com base no ordenamento jurídico, se o jurisdicionado suportou ou não uma lesão que deve ser reparada para se evitar o arbítrio, o abuso, e mais contemporaneamente o assédio moral¹. Afinal, ainda existem muitos paladinos da moral, que se dizem defensores da Carta Magna, mas que muitas vezes são os primeiros a macularem os princípios que publicamente juraram honrar e defender.

4.1. Mérito do ato administrativo

A doutrina ensina que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, em atendimento à independência que deve existir entre os Poderes, sob pena de se limitarem os poderes atribuídos à Administração Pública, que é a responsável pela realização e desenvolvimento dos objetivos elaborados pelo Estado.

É importante se observar que a teoria da tripartição dos Poderes na realidade estava relacionada com a tripartição das funções, até porque o poder é único e indivisível, e, na democracia, como preferem alguns teóricos, todo poder emana do povo, sendo que nem sempre o povo é verdadeiramente o destinatário das ações que são desenvolvidas.

O ato administrativo é prerrogativa da Administração Pública, ou, como ensina o próprio Hely Lopes Meirelles, é manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, com os seus requisitos e pressupostos, que produzem todos os seus efeitos quando é editado. Por força desse entendimento, o Poder Judiciário somente poderá analisar os aspectos formais do ato administrativo, como competência, finalidade e forma, vedando-se a análise do objeto e do objeto.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 5º, inciso XXXV, que nenhuma ameaça ou lesão a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, percebe-se que toda e qualquer lesão sofrida pelo jurisdicionado e que por este seja levada ao conhecimento do Judiciário poderá ser analisada por este Poder.

O sistema que foi adotado pelo Brasil foi o de jurisdição única, o que permite que todas as ações in-

dependentemente de sua natureza sejam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o qual não pode e não deve se afastar do exercício da prestação jurisdicional, que é uma garantia fundamental de todas as pessoas que vivem no território nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, por força do estabelecido no texto constitucional de 1988, poderá analisar o mérito do ato administrativo para verificar se a decisão que foi proferida pela Administração Pública, civil ou militar foi escorreita, em conformidade com o ordenamento jurídico e pautada pelos princípios expressamente estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O juiz em nenhum momento deve substituir o administrador público, mas também não deixar de analisar o ato praticado sob o fundamento de que este se encontra sob o manto da conveniência e da oportunidade. O próprio Hely Lopes Meirelles ensina que discricionariedade não é arbitrariedade, e que o administrador deve reger a sua conduta em conformidade com os preceitos legais, o que atualmente se denomina de discricionariedade regrada.

No Brasil, a análise do mérito do ato administrativo tornou-se um dogma, com base no qual se busca limitar a ação do Poder Judiciário, que é o guardião legítimo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Enquanto não existir uma jurisdição administrativa, ou mesmo um Conselho Nacional do Poder Legislativo (CNPL), e um Conselho Nacional do Poder Executivo (CNPE), formado por representantes da sociedade civil brasileira, caberá ao Poder Judiciário, sempre que provocado para tanto e em atendimento ao princípio constitucional segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, verificar o ato administrativo praticado pelos Poderes Executivo e Legislativo, e se for o caso até mesmo do Poder Judiciário, para assegurar ao cidadão o efetivo acesso a prestação jurisdicional.

A alegação segundo a qual a análise do mérito do ato administrativo não cabe ao Poder Judiciário

¹ O Estado de Minas Gerais, em atendimento aos preceitos constitucionais, por meio da Assembleia Legislativa do Estado, editou, no dia 11 de janeiro de 2011, a Lei Complementar 116, que pune os atos de assédio moral que possam ser praticados pelos integrantes da Administração Pública. Devido a sua natureza, a lei complementar alcança os integrantes da Administração Pública Civil e Militar e, segundo alguns estudiosos, alcança também os integrantes do Poder Judiciário e do Poder Legislativo quando envolver a prática de atos de natureza administrativa. A Lei editada pelo Estado de Minas Gerais é um avanço e referencial para os demais Estados, uma vez que busca punir aqueles que se utilizam do cargo público para a prática de atos pessoais com o intuito de prejudicar os seus subordinados, impondo a estes sofrimento de ordem emocional e muitas vezes com a prática de ato que fere o princípio da dignidade da pessoa humana que foi consagrado expressamente pela Constituição Federal de 1988.

não condiz com o texto constitucional, uma vez que o Judiciário poderá analisar se o ato que foi praticado pela Administração Pública por meio de seus integrantes foi proporcional, razoável, em conformidade com a moralidade administrativa, que se tornou um princípio constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Ainda que uma parte da doutrina seja contrária ao entendimento de que o mérito do ato administrativo pode e deve ser analisado pelo Poder Judiciário, é preciso que o art. 5º, inciso XXXV, seja cumprido, uma vez que é uma norma de eficácia plena, produzindo os seus jurídicos e legais efeitos.

O legislador constituinte originário estabeleceu direitos e garantias fundamentais assegurados a todos

aqueles residentes no país, e o guardião desses direitos e garantias fundamentais são os juizes e Tribunais, que têm como compromisso a pacificação das lides com justiça, com base nas leis que foram previamente estabelecidas pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica.

A mudança de paradigmas não acontecerá de um momento para outro. Exigirá estudos e reflexões na busca de um prestação jurisdicional que seja efetiva e que possa permitir a preservação de forma imparcial dos direitos que foram estabelecidos na Constituição Federal e nos instrumentos internacionais que foram subscritos pela República Federativa do Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar – Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5ª ed. rev. atual. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- ASSUNÇÃO, Roberto Menna. *Direito Penal e Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma Teoria Geral da Política*. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DALLARI, Pedro. *Constituições e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DUARTE, Antonio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FAGUNDES, João Batista. *A Justiça do Comandante*. 2ª ed., Brasília, Edição do Autor, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FREITAS, Gilberto Passos de & FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- FREYESLEBEN, Mário Luís Chila. *A Prisão Provisória no CPPM*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LAZZARINI, Álvaro. Abuso de Poder x Poder de Polícia, in *Revista dos Tribunais*, vol. 721, pp. 338-349, nov/1995.
- _____. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. et al. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.
- MACEDO, Murilo de. “Segurança Pública – Política”, in *Revista da ADPESP*, no 14, 1987.
- MACHADO, Antônio Carlos de Castro & QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. “A Nova Polícia”, in *A Força Policial*, pp. 47-55, abr-mai-jun/1996.
- MARQUES, José Álvaro Machado. Dos Conselhos de Justiça e dos Conselhos de Sentença. *Caderno Jurídico: Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*. São Paulo, a.3, v.6, p. 89-97, jul/dez-2004.
- MARTINS, Elizer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar*. Leme: Editora de Direito, 1996.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán – Parte Especial*. Buenos Aires: De Palma. Tomo II, 1950. t.2.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado Artigo por Artigo*. Vol I – Parte Geral, Vol II – Parte Especial. São Paulo: Editora Lider, 2011. 2 v.
- _____. Contencioso Administrativo Militar – Devido Processo Legal, in *Revista Síntese Trabalhista*, n. 71, pp. 173-175, mai/1995.
- _____. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011.
- _____. Perda da Graduação de Praças. Disponível em: <www.bengochea.com.br> Acesso em: 20 jan. 2012.
- ROTH, Ronaldo João. Deserção: Aspectos Penais, Processuais e Administrativos. *Caderno Jurídico: Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*, São Paulo, a.3, v.6, p.141-153, jul/dez-2004.
- _____. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES

Membro do colegiado de pós-graduação e professor de Direito Constitucional, Teoria do Estado, Direito Eleitoral e Direito Comunitário dos Cursos de doutorado, mestrado e bacharelado da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG | Presidente do Centro de Estudos de Direito Público | Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB | Conselheiro Federal da OAB/MG.



O devido processo legal no Processo Disciplinar Militar

Na primeira noite, eles se aproximam e colhem uma flor de nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem, pisam as flores, matam nosso cão. E não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles, entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada. (COSTA, 1987)

Em sociedade democrática, exige-se que o policial militar tenha uma formação profissional equilibrada, para saber desempenhar o papel de interlocutor social e agir, tanto preventivamente quanto ostensivamente, com o intuito de preservar a ordem pública, nos estritos ditames da Constituição vigente (SOARES, 2011).

Nessa linha de argumentação, o policial militar deve ser capaz de organizar-se mentalmente, formulando um raciocínio lógico e racional sobre fatos concretos, ou seja, deve decidir com fundamentação legal que proporcione legitimidade a sua ação, pois sempre atua na sensível faixa da limitação das liberdades individuais, sob a ótica weberiana do monopólio legítimo da violência.

Necessariamente, deve conhecer a história e competência de sua instituição, a gloriosa Polícia Militar de Minas Gerais, força auxiliar do Exército Nacional e motivo de orgulho para nossa história, da qual é parte integrante, para compreender os meandros éticos da autoridade policial.

O policial militar deve honrar sua farda, ao agir em nome do aparelho estatal e nos confins de suas atribuições, capacitando-se a tomar decisões que se

reconheçam adequadas e alicerçadas nos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa. Caso se exceda, deve arcar com as consequências de seus atos, tanto no âmbito administrativo do processo disciplinar quanto no judicial, que lhe é peculiar.

Daí decorre a exigência republicana de que o policial militar seja rigorosamente recrutado, qualificado e bem remunerado, para o exercício de sua função constitucional de agente público, encarregado da segurança pública em sociedade inclusiva e democrática.

1 AS PRERROGATIVAS PARA ATUAÇÃO DO ADVOGADO EM SISTEMA REPUBLICANO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

No paradigma constitucional Estado Democrático de Direito, que pressupõe a vinculação do legislador e dos atos estatais à Constituição, o Poder Público deve criar mecanismos institucionais no intuito de assegurar a possível igualdade, mediante arcabouço eficaz de garantias constitucionais, entre os seus cidadãos, em um sistema capitalista periférico.

Nesse sistema de garantias, o processo constitucional brasileiro exige, pois, procedimentos democráticos, que o legitimem, principalmente na fase de produção do direito.

Nessa linha de reflexão, no exercício de sua cidadania ativa, o jurisdicionado deve ter a efetiva possibilidade de obter um provimento jurisdicional célere e justo.

H. Arendt preconiza o **direito de ter direitos**, que só pode ser exercido em espaço democrático,

construído pela cidadania (LAFER, 1997).

O exercício da advocacia, alicerçado em prerrogativas, apresenta-se como o exercício da cidadania, com três compromissos fundamentais:

- a) o da dignidade humana;
- b) o da salvaguarda do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;
- c) o da independência e coragem do advogado em relação aos eventuais detentores do poder.

A luta pela dignidade da pessoa humana deve acompanhar qualquer sujeito social e faz da advocacia, não uma simples profissão, mas uma missão constitucional.

O princípio constitucional da dignidade humana impõe a ruptura de todas as formas de opressão, impregnadas no entulho legislativo autoritário, através das lutas processuais ou do *status processualis*, que democratizam o Judiciário, conforme Häberle¹.

Como corolário da democratização do processo, em busca da utopia denominada justiça, a noção constitucional de igualdade de condições entre as partes no processo impõe o princípio da igualdade de armas ou paridade de tratamento.

O princípio da igualdade de armas pretende corrigir a inferioridade processual de uma das partes, relativamente à outra, porquanto a desigual situação econômica, financeira e social entre ambas pode conduzir à vitória aquela que não tem razão.

Os órgãos jurisdicionais de um Estado democrático devem ser imparciais, independentes e submeter-se, além do princípio de paridade das armas, aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

O princípio constitucional do contraditório fundamenta-se na expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se a parte contrária), garantidora da ciência bilateral dos atos e dos termos processuais.

Alcança-se a garantia da bilateralidade de audiência, dialeticamente, por intermédio do fornecimento aos litigantes das informações de todos os atos processuais praticados por seu ex-adverso e pelo juiz, bem com da oportunidade que lhes deve ser dada para contraditá-los, em defesa de seus interesses.

O princípio constitucional da ampla defesa lastreia-se no direito de se alegarem fatos relevantes juridicamente e na possibilidade de se comprová-los por quaisquer provas lícitamente produzidas.

Constituem-se em derivações da cláusula *due process of law*:

- a) a acessibilidade econômica e técnica à Justiça;
- b) a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da Constituição da República [CR]);
- c) o tratamento paritário das partes no processo princípio da isonomia (art. 5º, I, CR);
- d) plenitude de defesa, com todos os meios a esta inerentes, especialmente o direito de ser informado;
- e) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade);
- f) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida;
- g) a publicidade, desde o aforamento da ação da parte, ou da acusação, até que seja prolatada a sentença, necessariamente motivada.

Finalmente, o advogado, em face de suas prerrogativas constitucionais, deve ter a necessária independência em face dos poderes constituídos e dos poderosos, como atributo inerente a seu papel em sociedade democrática.

Ao juiz, neste diálogo processual, cabe submeter-se ao discurso da adequação, ou seja, lidar com valores tornados deontologicamente observáveis na relação processual. Porém, a dimensão do devido, inerente aos direitos, não lhe elimina as tensões internas decorrentes da própria vivência democrática (RIBEIRO, 2011, p. 15).

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO MILITAR

Em sociedade conflituosa e tensa, como a brasileira, não se podem admitir ou apoiar ações violentas da polícia contra criminosos, por mais degenerados que possam ser, visto que tais manifestações estimulam a ação de **assassinos sem parâmetros**².

Quem defende a tese fascista de que *bandido bom é bandido morto* poderá um dia também ser vítima da sanha sem escrúpulos desses policiais.

Em termos do devido processo legal, tais policiais, caso venham a ser processados, têm, constitucionalmente, o direito de ampla defesa, especificamente, do contraditório, no julgamento de suas transgressões como agentes públicos, encarregados da repressão.

Em síntese, três são os pilares das instituições militares das Minas Gerais: a disciplina, a hierar-

¹ A teoria do *status activus processualis* foi desenvolvida por Peter Häberle, em texto intitulado *Grundrechte in Leistungsstaat*.

² Opinião do Delegado-Geral de Polícia de São Paulo, Marcos Carneiro Lima, publicada na Folha de São Paulo de 26 de agosto de 2011.

quia e a ética. As pessoas que fazem opção pela vida militar devem arcar com as consequências de seus atos, caso não consigam se adaptar e submeter a tais pilares.

Dentro desses parâmetros, evidencia-se o processo administrativo militar que visa a se aferir a conduta de agente público estatal, na condição de militar, acusado, em tese, da prática de uma **transgressão disciplinar**, previamente estabelecida no regulamento disciplinar pertinente.

Tal regulamento deve ser aprovado através de **uma lei** que tenha observado o devido processo legislativo, como elemento de garantia dos princípios da legalidade e da reserva legal, em consonância com o art. 5º, LXI, da Constituição da República (ROSA, 2099, p. 63).

A Constituição vigente determina, pois, que a transgressão e o crime propriamente militar estejam definidos ou **tipificados em lei**, para ensejarem a decretação da medida restritiva da liberdade individual, sanção, a ser aplicada, decorrente do descumprimento de norma legal.

Nesse sentido, a Lei estadual mineira de n.14.130/2002 instituiu o Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais (CEDM), com o intuito de definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o Processo Administrativo Disciplinar (art. 64) e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares da Unidade (CEDMU).

Esse Código aplica-se aos militares da ativa; aos militares da reserva remunerada, nos primeiros cinco anos da passagem para a inatividade e nos casos expressamente mencionados neste Código.

Frise-se, conforme definição de seu art. 3º, no decorrer de sua carreira, pode o militar encontrar-se na ativa, reserva ou na situação de reformado³.

A Comissão Administrativa Disciplinar é composta por três militares que devem possuir maior grau hierárquico ou serem mais antigos que o acusado. Em atendimento ao princípio do julgamento do acusado por seus pares, no processo administrativo em que o acusado for um militar integrante do quadro de praças, a Comissão também poderá ser composta por praças, excetuando-se o presidente que deverá ser um oficial pertencente à Polícia Militar ou Corpo de

Bombeiros Militar.

As modificações estabelecidas pelo novo Código de Ética e Disciplina da Polícia Militar de Minas Gerais podem ser consideradas paradigmas para as demais forças auxiliares brasileiras no tocante a um julgamento justo ao agente público, incumbido da repressão.

Pelo Manual de Processos e Procedimentos Administrativos da Polícia Militar de Minas Gerais, em seus arts. 1º, §§ 3º e 4º, o processo administrativo disciplinar caracteriza-se como uma categoria especial do gênero processo, ou seja, consiste no meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos militares, no exercício de suas funções.

O processo disciplinar demonstra-se como pressuposto necessário para a imposição da pena de demissão ao agente público estável, conforme o inciso II, § 1º, do art. 41, da Constituição da República.

O processo administrativo deve pautar-se em cinco vetores, em termos de transparência, da verdade e da lisura nas apurações:

- a) a **legalidade objetiva** implica que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei, sob pena de invalidade;
- b) a **oficialidade** exige que o controle da tramitação do processo administrativo caiba à Administração, sob pena de responsabilidade para o administrador público, mesmo que seja provocado por particular;
- c) em busca da **verdade material**, a Administração pode valer-se de quaisquer provas, desde que obtidas lícitamente;
- d) o **informalismo** ou desburocratização dos procedimentos é exceção, pois a dispensa, de forma rígida, para o processo administrativo, deve estar prevista, em norma específica;
- e) a **garantia republicana de defesa** decorre dos princípios constitucionais insculpidos na Constituição da República, notadamente: ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.

Nesse sentido, as sanções disciplinares devem ser compatíveis com a preservação da imagem da instituição militar democrática, preservando a hierarquia e disciplina da tropa, em face da natureza, amplitude e a gravidade da transgressão disciplinar militar praticada pelo infrator. Caso seja necessário, os regulamentos militares autorizam as prisões disciplinares e/ou cautelares, respeitando-se a dignidade humana do infrator.

³ § 1º - Militar da Ativa é o que, ingressando na carreira policial-militar, faz dela profissão, até ser transferido para a reserva, reformado ou excluído.

§ 2º - Militar da Reserva é o que, tendo prestado serviço na ativa, passa à situação de inatividade.

§ 3º - Reformado é o militar desobrigado definitivamente do serviço.

Nossa sociedade não admite que aqueles que fizeram um juramento de defender as instituições militares, com sacrifício da própria vida, em tributo de sangue pela ordem democrática, venham praticar atos espúrios que maculem a imagem das instituições republicanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMARANTE, André. Polícia identifica PMs envolvidos em gravação de vídeo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 ago. 2011. Caderno Cotidiano, p. 1.
- COSTA, Eduardo. *No caminho com Maiakovski*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Revista Estudos Avançados da USP*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997.
- RIBEIRO, Fernando José Armando. O princípio da presunção da inocência e as normas impeditivas de promoção na carreira militar. *Revista de Estudos & Informações*, Belo Horizonte, n. 30, p. 12-19, jul. 2011.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES

Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, servindo na Corregedoria da Instituição. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Polícia Judiciária Militar do Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) e de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco



Homenagem póstuma à Súmula n. 297 do Supremo Tribunal Federal

Policamento ostensivo é atividade civil!

Com essa máxima alguns sustentam que os crimes capitulados no Código Penal Militar (CPM) com semelhante redação no Código Penal comum (CP), praticados por policiais militares no exercício do policiamento ostensivo, deveriam ser considerados crimes comuns e não militares, porquanto não se enquadrariam na alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM, que, como se sabe, dispõe que são considerados crimes militares em tempo de paz aqueles que possuam idêntica descrição típica nos códigos penais comum e militar, quando praticados por militar em serviço, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

Mais ainda, entendem os adeptos dessa máxima que o exercício do policiamento não preencheria o elemento típico de alguns crimes militares que descrevem situações de serviço em que o fato ocorre, a exemplo do delito de dormir em serviço, art. 203 do CPM – em que a conduta é praticada por um militar que esteja na função de **oficial de ronda**, ou, não sendo oficial, em **serviço de vigia** ou de **ronda**, permitindo o tipo penal a interpretação analógica ao dispor que se enquadra na conduta o militar que durma em qualquer serviço de natureza semelhante aos precedentemente citados –, e do delito de desacato a militar, art. 299 do CPM –, em que a conduta de desacato é praticada contra o militar no exercício de **função de natureza militar** ou em razão dela.

Essa visão, todavia, está equivocada, e, muito

embora existam outras justificativas para sua origem, parece ter nascido de uma compreensão jurídica inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a edição da Súmula n. 297, de 13 de dezembro de 1963, que foi concebida no cenário da Constituição Federal de 1946.

Em verdade, o enunciado da Súmula não mais deve surtir efeito, porquanto o ambiente constitucional que a favoreceu, há muito, sofreu alteração substancial. Assim, conforme se buscará demonstrar a seguir, é possível sustentar não só que a atividade de policiamento ostensivo se enquadra na citada alínea do inciso II do art. 9º do CPM, mas, mais ainda, sustentar que essa atividade pode preencher também outros elementos típicos previstos nos crimes em espécie que se refiram a serviço, a serviço de ronda e a função de natureza militar.

A Súmula n. 297 inaugurou, em 1963, sob égide da Constituição Federal de 1946, uma visão restritiva do Direito Penal Militar ao dispor:

Oficiais e praças das milícias dos estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles.

Note-se que, pelo conteúdo da Súmula, era muito clara a limitação da lei penal militar aos militares dos estados, havendo uma predisposição a se considerá-los civis quando na função de policiamento ostensivo.

Essa visão, deve-se alertar, tinha razão de existência, porquanto a redação da Constituição Federal de 1946, cenário constitucional em que a Súmula nasceu, consignava no inciso XII do art. 124 que

(...)

a Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da Lei federal (art. 5º, n. XV, alínea f), terá como órgãos de primeira instância os Conselhos de Justiça e como órgão de segunda instância um Tribunal especial ou o Tribunal de Justiça

nada mencionando acerca da competência, favorecendo, pois, a vertente restritiva do STF.

A Constituição Federal de 1967, mesmo com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ao tratar das Justiças estaduais, continuou sendo muito abrangente para o foro Castrense no âmbito dos estados, uma vez que a alínea “d”, do § 1º, do art. 144 dispunha apenas que a Justiça Militar estadual era constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça e que tinham como órgãos de segunda instância o próprio Tribunal de Justiça, ainda nada mencionando acerca da competência, o que arremovava a prevalência da Súmula n. 297 do STF.

Ocorre que, em 13 de abril de 1977, pela Emenda Constitucional n. 7 (Pacote de Abril de 1977), esse dispositivo constitucional ganhou nova redação, agora mencionando que a Justiça Militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, possuía competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das policiais militares, fazendo com que a Súmula em questão perdesse sua razão de existência.

Dessa forma, agora por previsão constitucional, todos os crimes militares definidos em lei, entendasse, no Código Penal Militar, quando praticados no âmbito das polícias militares, constituíam crimes militares que deveriam ser julgados pelas Justiças Militares estaduais, o que, obviamente, incluía a disposição da alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM, influenciando também na interpretação de alguns tipos penais militares que façam menção em seus elementos típicos a condutas praticadas contra militares em serviço, a exemplo dos dois delitos anteriormente citados.

A Constituição Federal de 1988 manteve a competência de julgamento das Justiças Militares dos es-

tados em sua redação, agora no § 4º do art. 125, não sofrendo restrição, salvo no crime doloso contra a vida de civil, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, podendo-se afirmar, com absoluta certeza, que a Súmula n. 297 do Pretório Excelso continua superada pela atual realidade constitucional.

Nesse sentido, com muita perspicácia, dispõe Scarance Fernandes (2010, p. 142):

Sempre houve muita discordância sobre os limites da competência da Justiça Militar. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 297, deixara assentado que ‘oficiais e praças das milícias dos estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles’. Isso levava a uma tendência jurisprudencial restritiva no julgamento dos conflitos de competência entre a Justiça comum e a Militar, normalmente se entendendo que os militares deveriam ser processados perante a Justiça comum. Todavia, com a Emenda Constitucional 7, de 13.04.1977, que modificou o art. 144, § 1º, d, da Constituição Federal, foi atribuída à Justiça Militar competência para julgar militares em crimes militares, invertendo-se a tendência pretoriana com uma ampliação demasiada da competência da Justiça Militar. A Constituição de 1988, mantendo tal redação, consagrou essa corrente jurisprudencial ampliativa¹.

Malgrado a conclusão pela superação da Súmula n. 297, mesmo após a Constituição Federal de 1988, houve aqueles que insistiam na sua observância, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 13 de outubro de 2004, no Conflito de Competência n. 45804/RJ, sob relatoria do ministro Gilson Dipp, o STJ decidiu:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESACATO, DESOBEDIÊNCIA E RESISTÊNCIA SUPOSTAMENTE COMETIDOS POR SOLDADO DO EXÉRCITO BRASILEIRO FORA DE SERVIÇO CONTRA POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO DE PATRULHAMENTO OSTENSIVO. CARACTERIZADA A FUNÇÃO DE POLICIAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

I - Hipótese em que os crimes foram cometidos pelo soldado do Exército Brasileiro contra um Sargento e um Soldado da Polícia Militar, que estavam em serviço de patrulhamento ostensivo no Parque Carmelina de Carvalho, Vilar dos Teles, Município

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142.

de São João de Meriti/RJ.

II - Tratando-se de soldado do Exército que não se encontrava em serviço e de policiais militares em função de policiamento ostensivo, o caso é de incidência do verbete de número 297/STF.

III - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do I Juizado Especial Criminal de São João de Meriti - RJ, o suscitado. (g.n.)

O julgado acima – afora a discussão de crime militar entre militares federal e estadual, que merece outro estudo detalhado – teve por premissa a Súmula n. 297 do STF, entendendo-se que os militares do Estado, por estarem em policiamento ostensivo, não poderiam ser considerados em serviço de natureza militar, afastando-se, por consequência, a competência da Justiça Castrense.

Para que essa concepção jurisprudencial fosse alterada, houve necessidade de que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhecesse a superação da Súmula n. 297, vide o *Habeas Corpus* n. 82.142/ MS, julgado em 11 de dezembro de 2002, sob relatoria do ministro Maurício Corrêa. No caso em espécie, em um grupo policial misto, integrado por policiais militares e civis do Estado do Mato Grosso do Sul, denominado Departamento de Operações de Fronteira (DOF), o entendimento inicial do Poder Judiciário sul-matogrossense foi no sentido de que a função não era afeita à atividade da Polícia Militar, de sorte que os ilícitos penais praticados pelos militares não seriam crimes militares. Avaliada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, a visão foi reformada, firmando-se a competência da Justiça Militar estadual por tratar-se de crime militar. Vejamos a ementa do acórdão:

HABEAS-CORPUS. POLICIAL MILITAR. CONDUTA RELACIONADA COM ATUAÇÃO FUNCIONAL. CRIMES TAMBÉM DE NATUREZA PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA RECONHECIDA.

1. Policial militar. Existência de delitos tipificados ao mesmo tempo no CP e no CPM. Condutas que guardam relação com as funções regulares do servidor. Crime militar impróprio. Competência da Justiça Militar para o julgamento (CF, artigo 124).

2. Departamento de Operações de Fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul. Polícia mista. Mesmo nas hipóteses em que entre as atividades do policial militar estejam aquelas pertinentes ao policiamento civil, os desvios de condutas decorrentes de suas atribuições específicas e associadas à atividade militar, que caracterizem, perpetradas contra civil ou a ordem administrativa castrense, cons-

tituem-se em crimes militares, ainda que ocorridos fora do lugar sujeito à administração militar (CPM, artigo 9º, II, "c" e "e").

3. Nesses casos a competência para processar e julgar o agente público é da Justiça Militar. Enunciado da Súmula/STF 297 há muito tempo superado.

4. Crime de formação de quadrilha (CP, artigo 288). Delito que não encontra tipificação correspondente no Código Penal Militar. Competência, nessa parte, da Justiça Comum. Habeas-corpus deferido em parte.

Em verdade, a concepção do Supremo Tribunal Federal foi alterada muito antes do julgado descrito, já que no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 56.049-SP, em 13 de junho de 1978, em sessão plenária, considerando a vigência da Emenda Constitucional n.7 de 1977, foi acolhida a proposta de reformulação da Súmula n. 297, encaminhando-se a decisão à Comissão de Revisão da Súmula, para efeito de nova redação. Todavia, tal reformulação não ocorreu, o que leva alguns a sustentarem ainda seus argumentos.

Felizmente, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, atualmente já se reconhece a superação da Súmula. Nesse sentido, veja-se o *Habeas Corpus* n. 114.825/ PR, julgado em 29 de setembro de 2009, sob relatoria do ministro Jorge Mussi:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. NULIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. ALEGADA OFENSA. NULIDADE ABSOLUTA. CONHECIMENTO DO MANDAMUS.

1. Possível o conhecimento de remédio constitucional em que se alega a incompetência material da Justiça Militar, ou seja, ofensa ao postulado do Juiz Natural, pois a situação enquadra-se, embora por vias oblíquas, na dicção do art. 5º, LXVIII, da CF, que prevê o habeas corpus como ação constitucional que presta-se a repelir constrangimento ilegal ou ameaça à liberdade de locomoção, por abuso de poder ou ato de autoridade, já que uma ação criminal sempre acarreta gravames que importam ou podem importar em restrição à liberdade do acusado. COMPETÊNCIA. DESACATO. DELITO COMETIDO POR INTEGRANTE DO CORPO DE BOMBEIROS CONTRA POLICIAIS MILITARES EM FUNÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO. RÉU E VÍTIMAS EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, II, A, DO CPM. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 297 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. DECISÃO DO TRIBUNAL IMPETRADO ACERTADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVI-

DENCIADA. 1. Tendo o crime de desacato sido cometido na circunstância prevista no art. 9º, II, letra a, do Código Penal Militar, ou seja, "por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação", basta, para fins de configuração do delito militar impróprio, serem réu e vítimas militares da ativa, pois a lei não exige outra circunstância além da condição pessoal dos envolvidos para conferir ao delito comum a conotação de crime militar. Precedentes do STF e deste STJ.

2. O enunciado sumular n. 297 do STF encontra-se superado, pois vai contra a nova ordem constitucional, especialmente em se considerando o disposto no art. 144, § 5º, da atual CF, que é claro ao atribuir às polícias militares, e não à civil, a função de policiamento ostensivo, existindo inclusive proposta para a reformulação do referido verbete sumular desde o ano de 1978, dada a Emenda Constitucional n. 7/77. Precedentes do STF.

3. Verificando-se a superação da Súmula n. 297 do STF e tratando-se de crime militar impróprio, compete à Justiça Militar o seu processamento e julgamento.

4. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente concedida, que apenas suspendia o curso da ação penal em questão. (g.n)

Deve-se ressaltar, neste ponto, que o julgado supra se utiliza do fundamento do art. 144, § 5º, da CF para definir que o policiamento ostensivo é atribuído a uma instituição militar estadual, podendo-se extrair que se trata de atividade militar na ordem constitucional, desenvolvida, ademais, por servidores militares, nos termos do art. 42 também da **Lei Maior**.

Também no âmbito das Justiças Militares estaduais é possível verificar o afastamento da Súmula n. 297 do STF. No Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por exemplo, vide a Exceção de Incompetência Criminal n.1/09 (Feito n. 47.757/07-1ª Auditoria), julgada em 10/03/2010, sob relatoria do Juiz Cel PM Fernando Pereira:

Reputa-se militar e sujeito à competência da Justiça Castrense o crime tipificado no Código Penal Militar que, embora definido de igual modo no Código Penal comum, seja praticado por militar em serviço contra civil. O enunciado da súmula 297 do Supremo Tribunal Federal, editado na vigência da Constituição de 1946, foi superado pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977 e pelo atual ordenamento constitucional.

Ainda no plano das justiças castrenses estaduais, no Estado do Piauí, veja-se a Apelação Criminal n. 201000010029524-PI, julgada em 14/09/2010, sob relatoria do Desembargador Erivan José da Silva Lopes:

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR. RÉU INVESTIDO DE FUNÇÃO CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 297 DO STF. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Imputado ao réu a prática de conduta tipificada como crime militar, à Justiça Militar compete processá-lo e julgá-lo, mesmo que praticado o delito quando investido da função de Delegado de Polícia. Superação da Súmula 297 do STF. Precedentes da Suprema Corte.

2. Recurso conhecido e improvido.

Dessarte, é possível sustentar, nesse contexto, que a atividade de policiamento ostensivo se enquadra na previsão da alínea "c" do inciso II do art. 9º do CPM, valendo dizer que o policial militar que pratique conduta delitativa no policiamento ostensivo, estará em serviço para fins de aplicação da lei penal militar. Também é possível defender que aquele que dolosamente durma no exercício do policiamento ostensivo, poderá ter sua conduta subsumida no art. 203 do CPM, a exemplo do que decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 5.575/2006 (Feito n. 38.876/04 -1ª Auditoria), julgada em 30/01/2007, sob relatoria do juiz Cel PM Fernando Pereira:

Policial militar, previamente escalado para supervisionar o serviço de polícia ostensiva, é flagrado por superior hierárquico, dormindo em seu turno de serviço, sem portar equipamentos e despojado de seu fardamento. Impossível pelas circunstâncias fáticas não denotar o dolo em seu proceder, pela vontade livre e clara de dormir. Plenamente tipificado o delito do art. 203 do CPM. (g.n.)

Nesse mesmo sentido, no Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, veja-se a Apelação Criminal n. 4.484/2008, julgada em 11/02/2009, sob relatoria do juiz Octavio Augusto Simon de Souza:

DORMIR EM SERVIÇO. ART. 203 DO CPM. Policial militar que dorme, durante o serviço de policiamento, no interior de uma viatura militar, comete o delito previsto no artigo 203 do Código de Processo Militar. Apelo improvido. Unânime.

Finalmente, a atividade de policiamento ostensivo também é apta a preencher elementos típicos que se refiram a atividade militar, a exemplo da expressão função de natureza militar, prevista no já citado art. 299 do CPM (desacato a militar). Nessa linha, no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, tome-se a Apelação Criminal n. 5.575/06 (Feito n. 38.876/2004 - 1ª Auditoria), julgada em 30/01/2007, sob relatoria do juiz Cel PM Fernando Pereira:

[...]

Incide em desacato a militar o policial militar que, na presença de civis, dirige palavras ofensivas a miliciano em atendimento de ocorrência, com a finalidade de desprestigiar a função por ele desempenhada. (g.n.)

Ainda com essa mesma compreensão, no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, tem-se a Apelação Criminal n. 2.528/2008, julgada em 11/11/2008, sob relatoria do Juiz Jadir Silva:

[...]

- Comprovado que os impropérios foram proferidos com o intuito de menosprezar, de deprimir a autoridade dos militares envolvidos na ocorrência, configura-se o crime de desacato a militar (art. 299, do CPM).

- Eleva-se a pena acima do mínimo legal quando as circunstâncias judiciais (art. 69 do CPM) são, em sua maioria, desfavoráveis ao acusado.

- Não há demonstração nos autos de comportamento meritório, capaz de ensejar a incidência da atenuante contida no inciso II do art. 72 do Código Penal Militar.

- Recurso improvido.

Analisando a íntegra do acórdão proferido na apelação criminal acima, percebe-se que a conduta do condenado desacatou dois militares do Estado que executavam patrulhamento de rotina na Avenida Civilização, no Município de Ribeirão das Neves/MG, ou seja, na execução de policiamento ostensivo que, no julgado, foi corretamente considerado como função de natureza militar.

Por tudo o que foi exposto, chega-se à conclusão de que o enunciado da Súmula n. 297 do Supremo Tribunal Federal não mais deve surtir efeito, porquanto o cenário constitucional, desde 7 de abril de 1977, sofreu alteração substancial. Essa nova realidade constitucional importou também em uma mudança da visão jurisprudencial, merecendo o verbete, com o devido respeito, apenas uma homenagem póstuma.

JORGE CESAR DE ASSIS

Membro do Ministério Público da União sendo Promotor da Justiça Militar em Santa Maria – RS | Sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM | Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá | Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar
| Administrador do site www.jusmilitaris.com.br.



Legitimidade para promoção do processo originário do Conselho de Justificação perante o Tribunal competente

Nos termos da Lei n. 8.457/1992, a perda do posto e patente pode ocorrer de duas formas distintas: originariamente em relação ao tribunal como decorrência da representação para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato (art. 6º, inciso I, alínea ‘h’); em consequência do processo decorrente do Conselho de Justificação (art. 6º, inciso II, alínea ‘f’).

Na primeira hipótese, como o feito é de competência originária do Superior Tribunal Militar (STM), a competência de sua promoção exclusiva é do Ministério Público Militar, como assegura o art. 116, II, da Lei Complementar n. 75/1993.

Todavia, a segunda hipótese vem gerando uma discussão no sentido de qual seria o órgão legítimo para dar início àquele processo, que se originou do processo decorrente do Conselho de Justificação, o qual, como se sabe, em um primeiro momento (perante a organização militar), era de natureza administrativa.

Não resta dúvida quanto à necessidade de participação do Ministério Público no processo decorrente do Conselho de Justificação. No entanto, é possível discutir se essa participação limitar-se-á à simples condição de *custos legis* – o fiscal da lei –, ou se, assim como nos casos de representação pela decretação de indignidade ou incompatibilidade assumiria o *Parquet* a condição de promotor daquele processo especial perante o Tribunal.

Epaminondas Fulgêncio Neto e Rafael Pereira dos Santos (2011) lembram que a questão da legitimidade para a propositura do Processo de Justificação

já foi debatida no Estado de Minas Gerais, suscitada no Processo de n. 150, a partir de preliminar levantada pelo juiz do Tribunal de Justiça Militar mineiro Fernando Galvão da Rocha.

A construção que se faz, com base no voto de Fernando Galvão, é a de que, no processo oriundo do Conselho de Justificação (ou processo administrativo similar), torna-se imperioso que a provocação do Judiciário (inerte pela própria natureza) parta de órgão com legitimidade para tanto.

Do referido voto, é de se extrair a seguinte passagem:

[...] Como é sabido, todo o processo judicial possui pressupostos para sua constituição e desenvolvimento e desenvolvimento válido e regular. Neste contexto, a provocação da jurisdição constitui pressuposto de observância inafastável. A Jurisdição sem ação constitui ofensa ao princípio garantista da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria natureza, inertes. Neste sentido é a mensagem dos consagrados brocardos do *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*. A função jurisdicional, nos casos em que pode haver prejuízos para a situação jurídica do jurisdicionado, somente pode ser exercida em relação a uma lide que uma parte interessada deduz em juízo. É verdade que a lide não é uma característica essencial do processo judicial. Nos casos em que a doutrina visualiza jurisdição voluntária, como a separação consensual, não há lide. Mas, mesmo nestes casos, o processo só pode iniciar-se por provocação dos interessados. Em outras palavras, se a lide não é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, a provocação da jurisdição por meio da ação o é.

E, justamente por ser necessário identificar uma lide para a constituição e desenvolvimento de um processo judicial válido, é que nos casos de perda de posto e patente dos oficiais, bem como de graduação das praças, fundados em condenação criminal a pena superior a 02(dois) anos, as peças de informação são encaminhadas ao Ministério Público e o Exmo. Sr. Procurador de Justiça postula o provimento judicial por meio de ação. Se nestes casos de julgamento sobre perda do posto e da patente é necessário a provocação da jurisdição, com mais razões **deve-se exigir a provocação da jurisdição nos casos de julgamento em razão de infração disciplinar**. Isto porque, nos casos de perda do posto e patente em decorrência de condenação criminal, o processo judicial tem início com a denúncia e o julgamento constitui um desdobramento do provimento judicial que decretou a condenação. No caso de infração disciplinar, por outro lado, **a apuração da infração disciplinar foi toda realizada na administração. O procedimento administrativo deve se transformar em processo judicial e isto somente é possível mediante provocação da parte interessada.** (TJMMG. Processo de Justificação n. 150. Relator: Osmar Duarte Marcelino. Belo Horizonte, acórdão de 9 de jun. de 2010. DJMe, Belo Horizonte, 26 jun. 2010. Disponível em: < <http://www.tjmmg.jus.br>>)

Concordamos em parte com a tese apresentada pelo ilustre juiz Fernando Galvão, já que este, no julgamento do Processo de Justificação em questão, propunha a remessa dos autos para a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, para a propositura ou não da ação de perda do posto e patente, com o que o Tribunal, por maioria, não concordou.

A essência da proposta de remessa dos autos para a Advocacia-Geral tem suporte constitucional. Com efeito, se volvermos os olhos para o art. 133 da Constituição Federal iremos ver que a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente. A AGU representa, portanto, as Forças Armadas, as quais, em que pesem os relevantes serviços prestados à Pátria, integram a Administração Direta do Executivo Federal. O mesmo raciocínio se aplica agora à Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais [e assim nos demais Estados e

Distrito Federal], a qual, nos termos do art. 128 da Constituição Estadual mineira, representa aquele Estado, judicial e extrajudicialmente, englobando, por certo, a representação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.

Acreditamos, no entanto, que tal remessa dos autos do Processo de Justificação é, em vista do atual ordenamento jurídico vigente, dispensável.

Como assevera Ronaldo João Roth (2003, p. 13), é de se registrar que ambos os processos (representação para declaração de indignidade ou incompatibilidade e Conselho de Justificação) dependem de decisão judicial **para a perda do posto e da patente**, pois esta só ocorre se o oficial for considerado indigno ou incompatível com o oficialato.

Ora, já existe um legitimado legal (LC 75/1993, art. 116, inciso II) para a representação pela perda do posto e patente, que é o Ministério Público Militar. Desta forma, entendemos que os autos do Conselho de Justificação, após darem entrada no Tribunal, podem seguir diretamente para o Ministério Público, onde o ente ministerial ali atuante fará o exame de admissibilidade da eventual representação, como sói acontecer nos casos de condenação criminal a penas superiores a dois anos. Tanto os autos do Conselho de Justificação (ou processo administrativo similar) quanto as peças de informação que visam a perda do posto e patente dos oficiais seguem, então, ao Ministério Público Militar, que já possui legitimidade para tanto.

Nesse sentido, é de se registrar o Enunciado n. 06, do **1º Encontro Institucional em busca da Unidade**, realizado entre o Ministério Público da União e o Ministério Público do Rio de Janeiro:

Findo o Conselho de Justificação, que concluir por perda de posto das Forças Armadas, ou Conselho de Disciplina e Justificação, que concluir por perda de graduação ou posto nas Polícias Militares e Bombeiros Militares, a perda de posto deve ser efetivada por meio de ação inominada, nos termos do que dispõem os artigos 142, § 3º, inciso VI e 125, § 4º da Constituição Federal.¹

Por sua vez, os membros do Ministério Público Militar, reunidos durante o 7º Encontro do Colégio de Procuradores da Justiça Militar, aprovaram proposição para que o Conselho de Justificação no Superior

¹ 1º Encontro Institucional em busca da Unidade. MPU-MPRJ, realizado em 27.08.2010, no Rio de Janeiro/RJ.

Tribunal Militar deva ser provocado pelo Ministério Público Militar, na forma de Representação pela declaração de Indignidade e Incompatibilidade para o oficialato².

A outorga de legitimidade da Advocacia-Geral, no entanto, não é de se desprezar, já que defende os interesses do Estado e da União em face da conduta indesejada de seus servidores. Deve, porém, estar prevista na lei, o que, aliás, está em sintonia com a posição abalizada de Ronaldo João Roth (2003, p. 18), quando asseverou que

[...] de *lege ferenda*, seria importante que se inserisse regra explícita na Lei do Conselho de Justificação quanto à atuação obrigatória do Ministério Público, destinando-lhe a nobre missão de zelar pelo contraditório e pela regularidade daquele processo, que como vimos, cuida de matéria constitucional, ou seja, da perda do posto e da patente dos oficiais, tanto das Forças Armadas como das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

Conquanto Ronaldo Roth se referisse ao Ministério Público, a tese pode ser ampliada para alcançar a Advocacia-Geral/Procuradoria-Geral da União e dos estados já que, como mencionamos anteriormente, em relação ao MP a previsão legal já existe.

No julgamento do Processo de Justificação n. 150, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais retrocedeu quanto ao entendimento até então vigente de que o Processo de Justificação quando em curso no Tribunal é de natureza judicial. Com efeito, baseando-se em julgamento do RE n. 599.613-1 pelo Supremo Tribunal Federal, em 1º/06/2009, entendeu que a

questão das preliminares suscitadas quanto à legitimidade da propositura do processo restaram todas afastadas pelo fato de que o Processo de Justificação era, efetivamente, um processo de natureza administrativa.

Há que se fazer justiça, entretanto, ao Tribunal, pois uma segunda preliminar suscitada naquele emblemático julgamento - a da legitimidade do Ministério Público para propor o Processo de Justificação - foi acatada por unanimidade, sendo então os autos encaminhados para o Procurador de Justiça junto ao TJMMG, que de maneira surpreendente entendeu que a legitimidade era da Advocacia-Geral. Ora, a manter-se o entendimento de que o processo carecia de um autor, no caso o Ministério Público, já que a legitimidade da Advocacia-Geral havia sido rejeitada, ante a negativa do órgão ministerial em provocar o processo, restou ao Tribunal considerar o feito de natureza administrativa (posição vigente nos tribunais superiores, com as reservas já expostas anteriormente) e assim julgar o feito, sob pena de extinção daquele processo.

Com a devida vênia, causou surpresa a postura do Ministério Público junto à Corte Militar mineira, ante os desdobramentos que o julgamento tomou. A recusa do Parquet em provocar o Tribunal por meio da ação originária de representação pela perda do posto e patente (indignidade ou incompatibilidade para o oficialato) em decorrência do Processo de Justificação n. 150 obrigou a Corte mineira a retroceder um entendimento pacífico até então, o de que o Processo de Justificação, quando em curso no Tribunal, é de natureza judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FULGÊNCIO NETO, Epaminondas; SANTOS, Rafael Pereira dos. Processo de Justificação: qual é o órgão que tem legitimidade para promovê-lo? *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 14, n. 87, p. 30-33, jan./fev. 2011.
- ROTH, Ronaldo João. A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 7, n. 42, p. 13-18, jul./ago. 2003.

² 7º Encontro do Colégio de Procuradores da Justiça Militar, realizado em Brasília/DF, entre os dias 10 e 11 de novembro de 2011. 3ª proposta aprovada pelo Plenário, por maioria.

REVISTA DE ESTUDOS & INFORMAÇÕES

Normas de submissão

A **Revista de Estudos & Informações (REI)** recebe artigos de conteúdo relevante para a Justiça Militar, militares e operadores do Direito, para publicação, visando estimular os debates, orientando e esclarecendo os leitores a respeito de temas polêmicos e de seu interesse.

AValiação

Os artigos recebidos são submetidos à apreciação da coordenação da REI, que avalia a adequação à linha editorial da Revista e às exigências de submissão.

DIREITOS AUTORAIS

Ao submeterem textos à REI, os autores declaram serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar seus textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao território, ou qualquer outro aspecto. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.

MEIO DE ENVIO

Os artigos devem ser encaminhados à Assessoria de Comunicação Institucional do TJMMG (ASCOM), via e-mail: ascom@tjmmg.jus.br.

CARACTERÍSTICAS DOS ARTIGOS

Os artigos devem ter de 5 a 12 laudas e adotar a seguinte estrutura:

- título;
- autor(es), com currículo resumido e foto;
- texto do artigo;
- referências bibliográficas.

FORMATAÇÃO

Fonte: Times New Roman

Tamanho da fonte:

- texto 12 ;
- citação longa 10;
- nota de rodapé 10;
- termos em latim e de língua estrangeira em itálico;
- destaques ou grifos em negrito.

Página:

Papel: Folha A4

Margens:

- esquerda: 3,0 cm;
- direita: 2,0 cm;
- superior: 3,0 cm;
- inferior: 2,0 cm.

Parágrafos:

- iniciar parágrafo com 1,0 cm na régua do Word
- citação longa (mais de três linhas) deve ser colocada com 4,0 cm de recuo (3,0 cm a mais da margem do parágrafo).

Espaços:

- entre linhas 1,5;
- entre linhas das notas de rodapé: simples;
- entre linhas da citação longa: simples ;
- entre linhas de uma mesma referência: simples.

Títulos:

- título do artigo: fonte tamanho 14 caixa baixa em negrito;
- títulos no texto: fonte tamanho 12 caixa alta em negrito;
- subtítulos: fonte tamanho 12 caixa baixa em negrito;
- sub-subtítulos: fonte tamanho 12 caixa baixa

sem negrito e em itálico;
- referências fonte tamanho 12 (destaque para títulos das obras em itálico).

CITAÇÕES

Deverá ser obedecida a Norma n. 10520 da ABNT.

As citações diretas no corpo do texto com até três linhas devem estar contidas em aspas duplas; com quatro linhas ou mais, em fonte Times New Roman, tamanho dez, com recuo em 4 cm.

A REI adota como padrão o sistema pelo qual as citações indiretas devem constar no corpo do texto (e não nas notas de rodapé), com a menção do último sobrenome do autor, acompanhado do ano da publicação e, quando necessário, do número da página. Exemplo: (BONAVIDES, 1998, p. 10) ou (BONAVIDES, 1998).

NOTAS DE RODAPÉ

O rodapé da página deverá ser utilizado preferencialmente para notas de conteúdo, restringindo-se a comentários adicionais ao texto (notas explicativas, definições e conotações de termos que por algum motivo não puderam ser enfatizados no corpo do texto, etc). Citações indiretas e referências bibliográficas não devem ser realizadas por meio de notas de rodapé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Deverá ser obedecida a Norma n. 6023 da ABNT.

As referências devem estar ao fim do texto, em ordem alfabética

Todas as fontes mencionadas no artigo devem ser adequadamente citadas no corpo do texto e constar nas referências bibliográficas.

TJMMG entrega o Prêmio Justiça Militar aos melhores alunos do CFO/2011

A Polícia Militar de Minas Gerais promoveu, no dia 25 de novembro de 2011, no pátio da Academia de Polícia Militar (APM) a formatura dos alunos do Curso de Formação de Oficiais – CFO do ano de 2011. Com isso, 63 novos aspirantes estão aptos para atuar na segurança do Estado. Além desses 63 policiais militares, a turma contou ainda com 55 aspirantes do Corpo de Bombeiros de Minas Gerais, 19 policiais militares do Espírito Santo e cinco do Corpo de Bombeiros do Estado capixaba. O paraninfo da turma de 142 formandos foi o chefe do Estado-Maior da PMMG, Coronel Sant'Ana, hoje comandante-geral da Instituição.

Na ocasião, como acontece todos os anos, desde a publicação da Resolução n. 39/2002 do TJMMG, que instituiu o Prêmio Justiça Militar, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, no intuito de incentivar e premiar aqueles que se destacam nas disciplinas jurídicas do Curso de Formação de Oficiais - CFO, entregou aos aspirantes PM e BM a “espada” Prêmio Justiça Militar.



Cel PM Renato Vieira de Souza e o comandante-geral do CBMMG, Silvio Antônio de Oliveira Melo, ladeando os aspirantes premiados e oficiais superiores do Espírito Santo.

Receberam, das mãos do então presidente do TJMMG, juiz civil Jadir Silva, o Prêmio Justiça Militar o aspirante-a-oficial PM Cleiton Anderson de Castro e o aspirante-a-oficial BM Alan Gonçalves Barbosa.

O Curso de Formação de Oficiais possui em sua grade curricular diversas disciplinas divididas por áreas de conhecimento, o que proporciona ao militar contato com técnicas de Defesa Pública, Missão Policial, Administração e Disciplinas Jurídicas.

Juiz corregedor da Justiça Militar conhece o trabalho da força de pacificação no Rio de Janeiro

O juiz Fernando Galvão, então corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais, visitou o Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, e conheceu o trabalho da força de pacificação instalada no local. A visita ocorreu no dia 11 de janeiro do corrente ano. Na oportunidade, o juiz foi recebido pelo general-de-brigada do Exército Brasileiro Otávio Santana do Rêgo Barros, comandante-geral das forças de pacificação atuantes no Complexo. O general fez uma detalhada apresentação de toda a operação militar desenvolvida pelas forças de pacificação e, depois, conduziu o magistrado para conhecer, em campo, o trabalho que cotidianamente é realizado.

Após a experiência, o juiz corregedor afirmou que teve a oportunidade de constatar a qualidade e a competência do trabalho desenvolvido pelo Exército Brasileiro no combate à criminalidade. “Espero que a intervenção



Juiz Fernando Galvão da Rocha durante a visita ao Complexo do Alemão

excepcional das Forças Armadas possa contribuir para o aprimoramento do trabalho a ser posteriormente desenvolvido pelas forças de segurança pública, que terão o imenso desafio de manter e ampliar a presença do Estado naquela comunidade carente”, arrematou o magistrado.

Oficial da PMMG é excluído das fileiras da Corporação pelo TJMMG

O Pleno do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, por unanimidade, decidiu pela perda do posto e da patente de oficial da Polícia Militar e sua consequente demissão das fileiras da Corporação.

O acusado, oficial, à época, juntamente com outros três militares, todos praças, estaria apoiando um cidadão, supostamente proprietário de um garimpo embargado pela Justiça, ameaçando outros garimpeiros da região de Padre Paraíso/MG, no intuito de se apropriar de bens adquiridos por estes, fruto da venda de pedras preciosas extraídas nesse garimpo, sem o conhecimento do proprietário.

O episódio causou graves repercussões na mídia local, bem como junto à tropa do 19º Batalhão de Polícia Militar (BPM)/15ª Região da PMMG.

Tomando conhecimento do fato, o comandante do 19º BPM instaurou, por portaria, o Inquérito Policial Militar (IPM) n. 1.164/07, em 02/02/2007, com o objetivo de apurar sua veracidade. O IPM concluiu que houve indícios da prática de crime militar e comum por parte do acusado, resultando daí prática do crime de prevaricação capitulado no art. 319 do Código Penal Militar (CPM), e, dada a sua competência, resultando em processo crimi-

nal na Justiça Militar.

Os crimes de competência da Justiça Comum, tais como o crime de tortura, abuso de autoridade, violência arbitrária, exercício arbitrário das próprias razões e outros, foram apurados pela Polícia Judiciária de Padre Paraíso, e foi feito oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público junto ao juiz de Direito da Primeira Vara Judicial da Comarca de Araçuaí/MG, em 16/03/2007.

Os três praças foram excluídos, administrativamente, por processo administrativo disciplinar (PAD), pelo então comandante-geral da PMMG. Quanto ao oficial, em razão de dispositivo constitucional, só poderia ser excluído após submissão a processo de justificação no TJMMG.

Dessa forma, foi instaurado o processo de justificação e, segundo o voto do relator, juiz Cel Rúbio Paulino Coelho, *as condutas apuradas neste processo administrativo disciplinar foram ofensivas à honra pessoal e ao decoro da classe. Causaram escândalo e comprometeram a imagem e a credibilidade da Instituição Polícia Militar e de seus integrantes, estando o militar, comprovadamente, incurso no inciso II do art. 64 do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais.*

AMAJME realiza XII Congresso Nacional das Justiças Militares estaduais

A Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME realizou, de 21 a 23 de novembro de 2011, na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça, na cidade do Rio de Janeiro, o XII Congresso Nacional das Justiças Militares estaduais.

Temas como o exercício da atividade de polícia judiciária militar, propostas para a atualização do Código Penal e a Perda do Posto e da Patente dos Oficiais foram amplamente discutidos nos dois dias do congresso.

Na solenidade de abertura, o juiz Jadir Silva, então presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a convite do juiz Getúlio Corrêa, presidente da AMAJME procedeu à entrega da Medalha da AMAJME ao ministro

Olympio Pereira da Silva Junior, vice-presidente do Superior Tribunal Militar.

No Congresso, foram apresentados seis painéis, com temas diversos, para debate:

1º Painel: *O exercício da atividade de Polícia Judiciária Militar* (palestrante: Cel PM Waldyr Soares Filho – corregedor da PMERJ);

2º Painel: *Controle Jurisdicional das sanções disciplinares* (palestrante: juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino – TJMMG);

3º Painel: *Questões controvertidas do Processo Penal Militar* (palestrante: Renato Brasileiro de Lima – promotor de justiça da União);

4º Painel: *Propostas para a atualização do Código Penal* (palestrante: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha – STM);

5º Painel: *A Perda do Posto e da Patente dos Oficiais* (palestrante: Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira – TJRJ);

6º Painel: Direito Comparado – A Justiça Militar em outros países (com participação do Brigadeiro General José Arturo Camelo Piñero – Exército da Colômbia, e da Tenente Coronel Marta Iturvide Contich – Justiça Militar do Uruguai).

O juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho, do TJMMG, ressaltou no debate sobre a *Perda do Posto e da Patente dos Oficiais*, a necessidade de criação, no Rio de Janeiro,

de Tribunal de Justiça Militar, para garantia de uma Polícia Militar assentada, efetivamente, na hierarquia e disciplina, pilares que sustentam as instituições militares.



Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino apresentando o 2º Painel no 7º Congresso Nacional das Justiças Militares estaduais

Polícia Militar de Minas Gerais tem novo comandante-geral

No dia 26 de janeiro deste ano, o governador de Minas Gerais, Antonio Anastasia, presidiu, na Academia de Polícia Militar, a solenidade de transmissão do cargo de comandante-geral da Polícia Militar de Minas Gerais ao Cel PM Márcio Martins Sant’Ana, que ocupava o cargo de Chefe do Estado-Maior da PMMG.

Deixou o cargo o Cel PM Renato Vieira de Souza que passa a fazer parte do Quadro de Oficiais da Reserva (QOR).

O governador ressaltou a competência e a dedicação de ambos os coronéis e disse ao novo comandante-geral que não espera apenas o seu apoio “mas também um amigo nas horas de comemoração e de dificuldades”.

Na mesma solenidade, assumiu a chefia do Estado-Maior o então chefe da Assessoria Institucional, Cel PM Divino Pereira de Brito.

Além do governador e do vice-governador do Estado, várias autoridades prestigiaram o evento, dentre elas, o prefeito de Belo Horizonte, Márcio Lacerda, e o presidente do TJMMG, juiz Jadir Silva, acompanhado dos juízes da Casa.

Despedida

O Cel Renato, em seu discurso de despedida, agradeceu as autoridades que o apoiaram durante o período

que esteve à frente da Polícia, e saudou a brilhante e competente equipe de homens e mulheres que comandou, ressaltando o salto que a Polícia Militar deu em qualidade durante o tempo em que esteve a seu comando.

Novo comandante

O Cel Sant’Ana, por sua vez, além dos agradecimentos às autoridades e familiares, ressaltou a importância do sistema de Defesa Social. Muito emocionado, enfatizou que, além de dar continuidade ao que já vem sendo executado, terá um novo estilo de gestão e fará um trabalho com dedicação, prestação de serviço à sociedade e responsabilidade social.



Governador Antonio Anastasia com o Cel Sant’Ana na transmissão do cargo

Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais tem nova direção

Tomou posse, no último 8 de março, no Teatro Oromar Moreira da Associação Médica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, na presença de várias autoridades, amigos

e familiares, a nova direção do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJMMG), para o biênio 2012/2013.

Assumem a nova direção os seguintes juízes:



Presidente

Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino

Nasceu em 24 de abril de 1955, na cidade de Passos/MG. Filho de Arnaldo Marcelino de Paiva e Guiomar Duarte Marcelino. Formação: coronel do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, bacharel em Direito pela Faculdade de Franca, comandante de Instrução Aérea, instrutor de voo, piloto de helicóptero. Como oficial superior exerceu os cargos de chefe do Estado-Maior e comandante-geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Como magistrado exerceu o cargo de Corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais.



Vice-Presidente

Juiz Fernando José Armando Ribeiro

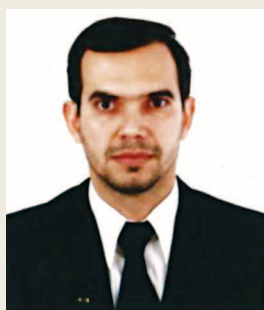
Nasceu em 22 de janeiro de 1974, na cidade de Belo Horizonte/MG. Filho de Fernando Bráulio Ribeiro Terra e Helenice Cândida Armando Ribeiro. Formação: bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos, mestre e doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutor pela Universidade da Califórnia, em Berkeley-EUA (com bolsa de estudos da Fulbright). Professor dos cursos de bacharelado, mestrado e doutorado da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MINAS, diretor do Departamento de Teoria do Direito do Instituto dos Advogados de MG, autor de dois livros e co-autor de seis livros jurídicos, bem como de diversos artigos publicados em revistas especializadas.



Corregedor da Justiça Militar

Juiz Cel PM James Ferreira Santos

Nasceu em 24 de dezembro de 1960, na cidade de Santo Antônio do Monte/MG. Filho de Adão Antônio dos Santos e Ofélia Ferreira dos Santos. Formação: coronel da Polícia Militar de Minas Gerais, bacharel em Direito. Como oficial superior exerceu os cargos de secretário-executivo da Coordenadoria Estadual de Defesa Civil do Gabinete Militar do Governador de Minas Gerais, chefe do Gabinete Militar do Governador, coordenador estadual de Defesa Civil de Minas Gerais. Possui todas as condecorações e medalhas da carreira policial militar.



Diretor do Foro Militar

Juiz Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

Juiz de Direito Titular da 2ª AJME do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista e especialista em Direito Administrativo e Administração Pública Municipal pela Universidade Paulista. Membro titular da Academia Mineira de Direito Militar, Cadeira Alferes Tiradentes, membro correspondente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Autor do Código Penal Militar – Comentando Artigo por Artigo, Parte Geral e Parte Especial.

O juiz Jadir Silva, que passou o cargo de presidente da Casa ao juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, em seu discurso de despedida, falou sobre os avanços conquistados durante sua gestão e os investimentos feitos para melhorar a prestação de serviços da Justiça Militar estadual à sociedade mineira. Após os agradecimentos, apresentou seu sucessor, desejando-lhe uma boa administração.

O novo presidente, juiz Cel Marcelino, em seu discurso, destacou a emoção de ser o primeiro juiz egresso do Corpo de Bombeiros a assumir a presidência do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Lembrou a história da Instituição e falou sobre o fortalecimento da Justiça Militar no Poder Judiciário. Ressaltou que sua primeira preocupação como presidente será realizar uma administração transparente e comprometida com a eficiência. Prestou, ainda, pela data, homenagem às mulheres, pelo dia Internacional das Mulheres, na figura de sua esposa, senhora Olga.

O evento contou com a presença de todos os juízes da Instituição e de várias autoridades civis e militares. Compuseram a mesa de honra: presidente da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, deputado estadual Dinis Antônio Pinheiro; 3º vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais(TJMG), desembargadora Márcia Maria Milanes, representando o presidente do TJMG, desembargador Cláudio Renato dos Santos Costa; presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, desembargador José Altivo Brandão Teixeira; desembargador federal do Tribunal Regional do Trabalho(TRT) da 3ª Região/MG Paulo Roberto Sifuentes Costa, representando a presidente do TRT da 3ª Região, desembargadora federal Deoclecia Amorelli Dias; vice-procurador-geral de Justiça Militar da União, José Garcia de Freitas Júnior, representando a procuradora-geral de Justiça Militar da União, Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz; presidente da Ordem dos Advogados do Brasil(OAB) – Seção Minas Gerais, Luis Cláudio da Silva Chaves; presidente do Tri-

bunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo(TJMSP), juiz Cel PM Orlando Eduardo Geraldi; presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul (TJMRS), juiz Cel João Vanderlan Rodrigues Vieira; advogado-geral do Estado de Minas Gerais, Marco Antônio Rebelo Romanelli; comandante-geral da Polícia Militar de Minas Gerais, Cel PM Márcio Martins Sant’Ana; comandante-geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, Cel BM Sílvio Antônio de Oliveira Melo; chefe do Gabinete Militar do Governador do Estado de Minas Gerais, Cel PM Luis Carlos Dias Martins, representando o governador do Estado em exercício Alberto Pinto Coelho; desembargador do TJMG Tiago Pinto, representando o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, desembargador Henrique Nelson Calandra; juiz federal titular da 9ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais José Henrique Guaracy Rebelo, representando o Diretor do Foro da Justiça Federal de Minas Gerais, juiz federal Itelmar Raydan Evangelista; presidente da Associação dos Magistrados Mineiros, juiz Bruno Terra Dias; vice-presidente da Região Sudeste da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), juiz do TJMSP Cel PM Fernando Pereira, representando o presidente da AMAJME, juiz Getúlio Correa; presidente da Associação Médica do Estado de Minas Gerais, doutor Lincoln Lopes Ferreira; ex-procurador-geral de Justiça do Estado de Minas Gerais Epaminondas Fulgêncio Neto; pró-reitora de pós-graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara, professora Valdênia Geralda de Carvalho; deputado estadual Rômulo Viegas; juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, presidente eleito do TJMMG; juiz Fernando José Armando Ribeiro, vice-presidente eleito do TJMMG; juiz Cel PM James Ferreira Santos, corregedor eleito da Justiça Militar de Minas Gerais; juiz do TJMMG Cel PM Rúbio Paulino Coelho; juiz do TJMMG Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos e juiz do TJMMG Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha.



Plateia que lotou o Teatro Oromas Moreira (AMMG) na solenidade de posse da nova diretoria do TJMMG



Ex-presidente do TJMMG, juiz Jadir Silva, e o presidente empossado juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino



Juiz Paulo Tadeu Rodrigues Rosa lendo o Termo de Compromisso de Posse



Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, juiz Jadir Silva e juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos



O presidente do TJMMG, juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, proferindo discurso de posse



Os empossados: corregedor da Justiça Militar juiz Cel PM James Ferreira Santos, vice-presidente, juiz Fernando Armando Ribeiro e o presidente do TJMMG, juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino



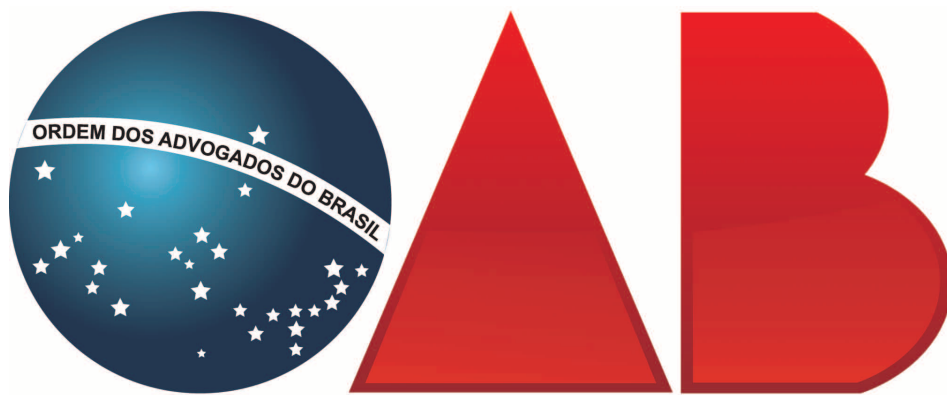
Juiz Fernando Armando Ribeiro, juiz Cel PM James Ferreira Santos, juiz Cel Orlando Eduardo Geraldi (TJMSP), juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, ex-juiz Otávio Augusto Simon de Souza (TJMRS), juiz Cel João Vanderlan Rodrigues (TJMRS), juiz Fernando Pereira e juiz Paulo Adib Casseb



Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, em sua primeira entrevista como presidente do TJMMG



Cel BM Ivan Gamaliu Pinto (CHEM), juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino (TJMMG), Cel BM Silvio Antônio de Oliveira Melo (CGCBMMG) e Cel BM Pedro Alvarenga (DRH)



MINAS GERAIS



A N O S