

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Marcio Pires de Araujo

**EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO -
DO CONSERVADORISMO À ILEGALIDADE**

Porto Alegre

2016

MARCIO PIRES DE ARAUJO

**EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO -
DO CONSERVADORISMO À ILEGALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre

2016

MARCIO PIRES DE ARAUJO

**EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO -
DO CONSERVADORISMO À ILEGALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves.

Aprovada em _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Professor Mestre Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuíram e continuam perseverando para que o encarceramento continue a ser um flagelo da existência humana, já que não é possível viver em sociedade com ausência de crime.

Agradeço a Deus, pela dádiva da vida e pela esperança de que os homens vivam para a paz entre si.

Agradeço aos meus pais, Maria José e Sebastião Araujo, a quem devo todas as conquistas alcançadas, por terem me auxiliado nas minhas escolhas.

Agradeço aos meus irmãos Marcos e Luís Miguel pelo companheirismo e aos demais familiares que sempre almejaram meu sucesso.

Agradeço a minha filha Emily, minha inspiração eterna.

Agradeço a minha esposa Alda Cristina, pela paciência e incentivo na perseverança na busca de dias melhores.

Agradeço aos meus amigos, particularmente àqueles que acompanharam de perto meu esforço para desenvolver este trabalho, pela confiança e pelo apoio.

Agradeço, por fim e, em especial, à minha orientadora, pelas maravilhosas aulas, por sua infinita compreensão do flagelo das penas e a notória busca da humanização da execução penal.

RESUMO

A presente monografia objetiva examinar o cumprimento da pena privativa de liberdade na Justiça Militar da União, por meio da sua comparação com a execução penal no meio civil, atendo-se à análise das similitudes e diferenças, à luz dos dispositivos legais e constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, define que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. No entanto, no contexto da carreira militar, alguns desses direitos, já há muito garantidos aos cidadãos comuns, são veementemente negados àqueles que um dia decidiram optar pela carreira militar. O Sistema Penitenciário Nacional tem como principal objetivo o cumprimento rigoroso da Lei de Execução Penal (LEP), sendo que esta, no parágrafo único de seu art. 2º, menciona expressamente que seus dispositivos incidem ao condenado pela Justiça Militar apenas quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, excluindo de plano aqueles que cumprem pena na jurisdição militar. Apesar de haver diversos precedentes dos tribunais superiores no sentido de que a LEP se aplica também aos militares, condenados em qualquer jurisdição, o Superior Tribunal Militar resiste em aplicá-la no meio castrense.

Palavras-chave: Execução Penal. Justiça Militar. Desigualdade de tratamento.

ABSTRACT

This monograph aims to examine the fulfillment of the liberty sentence in the Justiça Militar da União by the comparison of it with penal enforcement in the civilian instance, attending to the analysis of similarities and differences in light of the legal and constitutional provisions. The Constitution of the Federative Republic of Brazil, in its fifth article, states that all are equal towards the law, without distinction of any kind, ensuring Brazilians and foreigners residing in the country, among others, the right to life, freedom, equality and security. However, in the context of the military career, some of these rights, long offered to ordinary citizens, are vehemently denied to those that one day decided to become a citizen in uniform. The National Penitentiary System aims strict compliance with the Law of Penal Execution (LEP), which expressly states in its single paragraph of the second article that its devices fall upon convicts of Military Justice only when arrested to an establishment subjected to ordinary jurisdiction, excluding those that serve time in military jurisdiction. Although there are several precedents of higher courts in the sense that the LEP also applies to military, convicted in any jurisdiction, the Military High Court (STM) resists to apply it in the armed forces environment.

Keywords: Criminal Enforcement. Military Justice. Unequal treatment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	13
1.1 Breve histórico.....	13
1.2 A promulgação da lei de execução penal.....	15
1.3 O direito dos presos na lei de execução penal.....	15
1.4 A garantia dos direitos dos presos na execução penal na Constituição Federal.	17
1.5 A execução penal no Brasil, na atualidade.....	18
CAPÍTULO 2: A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O CÓDIGO PENAL MILITAR	20
2.1 Breve histórico.....	20
2.2 Organização da Justiça Militar da União	21
2.3 Código Penal Militar e o Código Penal Comum – principais diferenças.	22
CAPÍTULO 3: SOBRE O CONSERVADORISMO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	25
3.1 Não cabimento de habeas corpus nas transgressões disciplinares.	27
3.2 Da não recepção do princípio da insignificância.	28
3.3 Sobre a inaplicabilidade da Lei Antidrogas.....	30
3.4 Sobre a inaplicabilidade das penas restritivas de direito.	32
3.5 Sobre a Inaplicabilidade da Lei de Execuções Penais na Justiça Militar.....	33
3.6 Fatores que favorecem o conservadorismo na Justiça Militar da União.....	38
CAPÍTULO 4: SOBRE A EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO... ..	40
4.1. Das assistências prestadas ao preso militar	41
4.2. O trabalho do preso militar	42
4.3. Os direitos e deveres do preso militar	44
4.4. Sobre a integridade física e moral dos presos.	45
4.5. Das ilegalidades na execução penal na Justiça Militar.....	47
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas realiza-se, principalmente, na execução da pena. (MIRABETE, 2004, p. 32). A execução penal é o momento em que o indivíduo recebe sobre si o reflexo de seus atos, contrários aos mandamentos legais que regem a vida em sociedade, assim entendidos pelo estado. É, em essência, a realização da função retributiva¹ da pena. Essa reparação pode ocorrer de diversas maneiras, sendo a mais comum o encarceramento.

A reclusão é uma situação drástica para o indivíduo, pois ela provoca uma ruptura entre a vida normal de liberdade e uma vida de segregação, totalmente diversa da sua vida habitual. O indivíduo, agora condenado, sob certos aspectos, perde sua autonomia. Está impedido, pelo menos por um tempo, de fazer o que quer, podendo realizar tão somente aquilo que lhe é facultado ou imposto. Isso posto, a expressão “execução penal” remete-nos à ideia de reclusão, de encarceramento, de isolamento social.

Por longos anos o processo de encarceramento sofreu mudanças no sentido de mitigar o flagelo da execução penal. Grandes progressos foram experimentados e se evoluiu em relação às penas de morte (forca, esquartejamento, fuzilamento) para a atual concepção de execução penal aplicado na maioria dos países, que é o isolamento celular do apenado, com vistas à sua ressocialização. A base do encarceramento é a crença de que o indivíduo isolado, afastado do seu cotidiano, consiga no contexto carcerário a oportunidade para refletir sobre os seus atos e, conseqüentemente, ajustar-se com vistas a retornar para o seio social. Como ensina

¹ A teoria retributiva considera que a pena se esgota na ideia de pura retribuição. Tem como fim a reação punitiva, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do delito. Esta teoria somente pretende que o ato injusto cometido pelo sujeito culpável deste, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Ensina HASSEMER e MUÑOZ CONDE que existe uma variante subjetiva da Teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de "expiación", ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo. NERY, Déa Carla Pereira. *Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro >. Acesso em: 02 de nov. de 2016.

Durkheim², por meio do encarceramento, “a sociedade [...] nos lança fora de nós mesmos, [...] nos obriga a considerar outros interesses que não os nossos, [...] nos ensina a dominar as paixões, os instintos [...]”.

A pena é algo inescapável em todo o tipo de sociedade. É assim com os índios, com as tribos africanas, existindo até mesmo na esfera espiritual, como prevê a Bíblia, o Alcorão, etc. Nesta situação, temos dois polos: o ente que aplica a pena, e o indivíduo, que terá que sofrê-la. De acordo com a legislação vigente, o estado tem o dever de executar a pena, de submeter o infrator ao castigo previsto e, por este prisma, por séculos assistimos este mesmo estado exacerbando este poder-dever. Quase sempre as penas foram executadas de formas desarrazoadas, desproporcionais, sem oportunidade de defesa, criando um clima de injustiça por parte de quem deveria promover a justiça.

Segundo Cláudio do Prado Amaral³, em seu artigo “Evolução histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos”:

“com a edição da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Brasil passou a afirmar que o preso é um sujeito de direitos, esteja ele cumprindo pena (preso definitivo), ou aguardando julgamento (preso provisório). Essa tomada de postura pública e garantista foi resultado de longo e sofrido caminho traçado ao longo da história do homem. Entretanto, as condições de encarceramento no Brasil, e na América Latina de modo geral, são um retrato da desumanidade. Trata-se de fato notório, na acepção jurídica do termo, o fato de que as condições regionais de prisionalização são um aberto descumprimento à ordem contida no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), onde está expresso que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e à Lei de Execução Penal.”

Do ponto de vista normativo, para os condenados em geral, temos a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), que objetiva proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Para uma parte da população, especificamente os militares, alguns direitos constitucionais não são aplicados, como, por exemplo, o direito de greve, *habeas corpus* para

² Merçon, Francisco. Ser social, ser individual. Carvalho, Almyr (dir.) A Palavra, Alegre-ES, nº 184, nov. 2012. Coluna Pensar por escrito, p. 14.

³ Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da USP – Campus Ribeirão Preto. Artigo disponível em < <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>. Acesso em 03/11/2016.

transgressões disciplinares, etc. A situação é ainda mais grave, pois, na própria Lei de Execução Penal, em seu artigo 2º, § único, está previsto que tal lei aplica-se ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Militar apenas quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, isto é, não tem eficácia para os que cumprem pena nos quartéis. Isso posto, os militares condenados, que cumprem pena na Justiça Militar da União, não estão abrigados pela Lei de Execuções Penais (LEP), por isso, não têm direitos assegurados.

Ainda que o ato de aprisionar seja uma situação inevitável, cabe ao estado, como titular do direito de aplicar a pena aos não ajustados às regras sociais, a tarefa de proporcionar condições dignas para que o confinamento do indivíduo alcance a sua finalidade, objetivando que ele seja reinserido na sociedade, preferencialmente, melhor do que quando adentrou no ambiente prisional. Espera-se que o sujeito, consciente de que estando e fazendo parte desta sociedade, pautar sua conduta de forma a respeitar o direito de todos. Na atual fase de compreensão do crime como um fato inerente à vida, não pode mais o estado usar o *jus puniendi* apenas com o viés retributivo mas sim, e principalmente, o ressocializativo.

Feitas estas considerações iniciais, este trabalho visa a analisar a execução penal na Justiça Militar da União. A relevância deste estudo reside, principalmente, no fato de que a Lei de Execução Penal exclui, de plano, aqueles que estão recolhidos em estabelecimentos penais militares, como é o caso do Presídio Militar da Marinha e do Romão Gomes, este último da Polícia Militar de São Paulo. Assim, os apenados na Justiça Militar da União que não cumprem suas penas nos presídios sob jurisdição ordinária ficam à margem dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal e, nesta senda, de forma expressa, não têm direito à progressão de regime, remissão de pena, saídas temporárias, além de outros, como é o caso da visita íntima do cônjuge. Tal situação, como podemos concluir antecipadamente, fere o Art. 5º da Constituição Federal, que prevê na parte relativa aos direitos e garantias fundamentais, a clara previsão de que todos são iguais perante a lei.

Desse modo, no primeiro capítulo deste trabalho será realizado um breve estudo da Lei de Execução Penal, destacando a sua clara finalidade, que é a de garantir a aplicação do princípio da dignidade humana e a ressocialização do indivíduo.

O capítulo dois tratará da Justiça Militar da União, essa desconhecida e temida por alguns, onde, em rápida abordagem, serão identificados a sua finalidade, origem, constituição e diferenças entre o código penal militar e o comum.

No capítulo três discorreremos sobre o conservadorismo na Justiça Militar da União, apontando os aspectos que promovem esse conservadorismo e, em breve síntese, o destaque dos principais pontos de divergência com a Justiça comum.

No capítulo quatro verificaremos como ocorre a execução penal na Justiça Militar da União, onde será visto a concepção de execução da pena por parte desta Justiça especializada, identificando os pontos que contrariam a Lei de Execuções Penais. Em contínuo, serão verificadas as mais recentes manifestações dos Tribunais Superiores sobre o tema (STM, STJ, e STF), apontando aderência ou não à Lei de Execução Penal e à Constituição Federal do Brasil, particularmente em seu artigo 5º.

Tendo a pesquisa dos tópicos anteriores possibilitado a análise do tema em estudo, na conclusão será verificada a resistência da Justiça Militar da União em internalizar a LEP no seu processo de execução penal, o que faz com que concluamos pela sua postura conservadora, tangente com a ilegalidade, fruto dos inabaláveis dogmas castrenses da disciplina e hierarquia.

CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP) trata do direito do reeducando (condenado e internado) nas penitenciárias brasileiras e da sua reintegração à sociedade.

A Constituição Federal prevê a responsabilidade do Estado perante todos os cidadãos, garantindo-lhes direitos e deveres fundamentais, incluindo a população encarcerada. A estes condenados, devem ser proporcionadas condições para a sua integração social dentro das penitenciárias, visando a não violação dos seus direitos que não foram atingidos pela sentença. Nesse sentido,

[...] para se obter a reinserção social do condenado, o regime penitenciário deve empregar, conforme as necessidades do tratamento individual dos delinquentes, todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e todas as formas de assistência de que pode dispor. Nesse sentido, o art. 11 da LEP enumera as espécies de assistência a que tem direito o preso e o internado - material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente aos que defluem das regras mínimas da ONU. (MIRABETE, 2004, p.66)

1.1 Breve histórico

A execução penal passou por um longo processo de desenvolvimento. Conforme Lyra (1978, p. 8), inicialmente, não existia uma lei específica, mas apenas regulamentos para cada uma das unidades prisionais do país, muitas vezes colidentes entre si. A necessidade de uniformização do tratamento à questão carcerária, associado a consolidação da autonomia científica do Direito Penitenciário, suscitada desde o X Congresso Penitenciário Internacional, realizado em 1930, em Praga, deflagrou a busca por uma legislação específica para a execução da pena, com inúmeros debates e proposições legislativas.

No Brasil, a primeira proposição sobre o tema foi o Projeto de Código Penitenciário da República, elaborado em 1933. Este Projeto conferiu ao Brasil a condição de pioneiro na defesa da tripartição dos Códigos em matéria penal (Direito Penal, Processual e Executivo). Em 1940 foi publicado o Decreto-Lei 2.848, que instituiu o Código Penal e, por consequência, o Projeto do Código Penitenciário foi

abandonado, já que possuía vários pontos que conflitavam com o novo estatuto penal. O Código Penal de 1940 trazia inovações como a atuação do judiciário na execução e o preparo técnico dos agentes administrativos ligados ao sistema. Assim, no lugar do Código Penitenciário, surgiu o Livro IV do Código de Processo Penal de 1941, que passava a disciplinar pela primeira vez na legislação brasileira a execução da pena e da medida de segurança, entrando em vigor simultaneamente com o Código Penal, em 01.01.1942 (BRITO, 2011, p. 56).

Ante a necessidade de harmonização das normas penitenciárias com o Código Penal de 1940, foram apresentados diversos projetos legislativos, sendo que em 1951 foi aprovada a Lei nº 3.274 (Normas Gerais de Regime Penitenciário). Em 1963, durante o Governo de João Goulart, foi elaborada uma terceira proposição, de autoria do jurista Roberto Lyra, denominado de Código das Execuções Penais (Lyra 1978, p. 200). O Anteprojeto estabelecia normas gerais do regime de cumprimento das penas e medidas de segurança, direitos e deveres do preso, assistência ao sentenciado, medidas de segurança não detentivas, assistência ao egresso, entre outras relevantes questões, impregnando a execução de humanidade, legalidade, jurisdicionalidade e responsabilidade⁴. Este Anteprojeto pode ser considerado como a proposição legislativa mais técnica sobre o assunto feita em nosso país, pois previa importantes postulados como a aplicação imediata da lei penal executiva e a retroatividade para beneficiar o condenado, aplicação da analogia, métodos de interpretação da lei executiva, entre outros. O autor do projeto, preocupado com a necessidade de jurisdicionalização da execução, inseriu dispositivo segundo o qual, às margens do critério administrativo serão preenchidas as lacunas observando a dignidade e solidariedade humanas⁵. Assim, o autor do anteprojeto reuniu todos os poderes em sede de execução penal no Poder Judiciário, transformando o juízo da

⁴ De acordo com Alexis Couto de Brito, os profundos conhecimentos criminológicos do autor proporcionaram a elaboração de um texto coeso e renovador que, em caso de aprovação, humanizaria o tratamento prisional à altura das legislações mais modernas. Cf. Brito. Op. cit., 2011, p. 57

⁵ “.....a autoridade administrativa tornou-se praticamente irresponsável. É mais influente a mudança de um diretor do que a de um Código. O rigor das penas depende do carcereiro. Ele suspende a execução e libera de fato. Seu arbítrio atua para o bem e o mal, para o nobre e o ignóbil. Favorece, prejudica, persegue contra a lei e a sentença. Que deve prevalecer numa democracia a serviço de um povo fiel à justiça e à verdade? O absolutismo dos carcereiros, a ditadura administrativa, a inconstitucionalidade dos ‘desregimes’ ou a lei e a dignidade humana?” Cf. Lyra. Op. cit., 1978, p. 211

execução em universal, capaz de executar as sentenças em todos os seus termos e efeitos, com competência sobre todos os presos e internados⁶.

O Anteprojeto, que buscava seguir um sentido de humanização, já no regime autoritário, iniciado em 1964, foi arquivado.

1.2 A promulgação da lei de execução penal

Em 1981 foi criada uma comissão⁷, coordenada pelo professor Francisco de Assis Toledo e composta por juristas, para elaboração de um anteprojeto para a Lei de Execução Penal. Em 1982, após revisão, o anteprojeto foi apresentado pela Comissão, transformando-se no PL 1.657, e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República em junho de 1983. Após algumas emendas na Câmara dos Deputados, tornou-se a Lei 7.210, de 11.06.1984, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/1984).

A Lei de Execução Penal encerrou um longo ciclo de esforços doutrinários e legislativos, no sentido de dotar o país de um sistema de execução penal (BENETI, p. 31). A Lei surge como resposta aos reclamos de quase a totalidade da comunidade jurídica nacional, pela consolidação de uma execução penal jurisdicionalizada, mais humana, responsável e alinhada com o Estado de Direito, com viés abertamente voltado à finalidade de prevenção especial positiva e a harmônica integração social do condenado e do internado, como preconiza seu artigo inaugural.

1.3 O direito dos presos na lei de execução penal

Para Durkheim, a anomia é um estado de falta de objetivos, de regras e de perda de identidade, provocado pelas intensas transformações ocorrentes no mundo social moderno. Há um sentimento de se "estar à deriva," participando

⁶ De acordo com Roberto Lyra, a jurisdicionalização teria o condão de conduzir a execução penal à humanidade, à legalidade e à responsabilidade, sendo incompreensível a ausência do juiz no único momento real e concreto da jurisdição. Cf. Lyra. Op. cit., 1978, p. 212.

⁷ Portaria 429, de 22.07.1981

inconscientemente dos processos coletivos/sociais⁸. Assim, antes da LEP, o Brasil vivia um estado de anomia, que pode ser entendido, juridicamente, como a ausência de normas, normas sem objetivos ou diversas normas conflitantes, sem um fim em si mesmas. Daí a importância de um instrumento normativo como a LEP, que regule a execução penal. Neste sentido se posiciona Beneti⁹,

“O regramento dos direitos do preso na Lei de Execução Penal é pormenorizado, fiel à “tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade”, salientando-se que “não se trata, como adverte a Exposição de Motivos, de regras meramente programáticas, mas de direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissões” e, ainda, “caracterizando-se como direitos invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis”, os quais, por isso, podem ser invocados diretamente, de modo que a infringência implica excesso ou desvio de execução reparável por intermédio de procedimento judicial LEP, arts. 185 e 194).”

Ainda sobre o assunto, Carvalho¹⁰ ensina:

“Tanto o Código Penal Brasileiro (art.38) como a LEP (art.3º), corroboram com o dispositivo constitucional de caráter titular, no que tange ao respeito à integridade física e moral das pessoas presas (art.5º, XLIX, CF). Estabelecem conjunta e harmoniosamente, rígidos limites à atividade administrativa na execução da pena, principalmente a pena privativa de liberdade.”

Nesta linha, a LEP exprime em seu artigo 41 os seguintes direitos: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às

⁸ Nery, Maria, *Sociologia Contemporânea*, Curitiba: IESDE, 2007.

⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.35

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.191.

exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

1.4 A garantia dos direitos dos presos na execução penal na Constituição Federal

Segundo Almeida¹¹, a Constituição da República de 1988 proclamou expressamente postulados penais e processuais penais, que se transformam em garantias importantes na execução da pena, quais sejam: a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), a proibição de penas desumanas e cruéis (art. 5.º, XLVII), a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (art. 5.º, XLVIII), a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5.º, LIX), as garantias especiais para a mãe lactente presa (art. 5.º, L), a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV), a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV), a proibição de provas ilícitas (art. 5.º, LVI), a comunicação da prisão (art. 5.º, LXII), os direitos do preso a calar-se e a ter assistência jurídica e da família (art. 5.º, LXIII).¹²

Em complemento aos direitos já elencados, necessário se faz citar, ao menos, dois princípios que são supervenientes àqueles direitos, tais quais o princípio da legalidade e o da dignidade da pessoa humana. O princípio da legalidade é base do

¹¹ Almeida, Felipe Lima de Almeida. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. Revista Liberdades. nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo02.pdf>. Acesso em 4 de nov. de 2016.

¹² Nesse sentido, necessário destacar os instrumentos internacionais de proteção às pessoas privadas de liberdade, tais como: as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU (1955); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (1988); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU (Resolução 39/46, adotada pela ONU em 1984 e ratificada pelo Brasil em 1989); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da OEA (1985); Princípios básicos para o tratamento dos reclusos (Resolução da ONU n. 45/111, de 1990); Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (Resolução da ONU n. 47/133, de 1992); Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok – 2010).

ordenamento do nosso direito penal e é vislumbrado como um verdadeiro amparo às liberdades individuais. Sobre o princípio da dignidade humana, Gomes¹³ nos ensina:

“Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado)”.

Assim, não obstante a existência da LEP, a Constituição Federal de 1998 reforçou aos presos as mesmas garantias consagradas aos demais cidadãos, já que estes não perderam a condição de indivíduos sujeitos de direitos.

1.5 A execução penal no Brasil, na atualidade

Como já mencionado, dos princípios fundamentais que constituem a República Federativa do Brasil encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, III, da Carta Magna. O respeito, a proteção e uma existência digna, são considerados mínimos direitos que devem ser assegurados de forma plena a todos os cidadãos brasileiros. Estes direitos se estendem ao preso, pois também são cidadãos nacionais e, neste sentido, devem ser-lhes assegurados a sua manutenção no seio social, por meio da ressocialização.

Da Lei de Execução Penal podemos extrair o seu objetivo: “Art. 1º- Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

De acordo com o artigo supramencionado, percebe-se a dupla finalidade da execução penal qual seja, dar sentido e efetivação do que foi decidido criminalmente e dar ao apenado condições efetivas para que ele consiga aderir novamente ao seio social e não voltar a delinquir. Sendo assim, a reinserção social tem como objetivo a humanização da passagem do detento na instituição carcerária, ao dar uma

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

orientação humanista colocando a pessoa que delinuiu como centro da reflexão científica. De acordo com os juristas NERY e JÚNIOR (2006, p.164):

“Presos e direitos humanos. Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares.”

As penas de prisão devem determinar nova finalidade. Não adianta somente castigar o indivíduo mas, sim, dar aos encarcerados condições para que eles possam ser reintegrados à sociedade de maneira efetiva, conscientes de que erraram e que tal erro tem uma consequência¹⁴.

Diversamente do preconizado na LEP, atualmente, tem-se observado que os estabelecimentos carcerários brasileiros apresentam falhas graves, com cadeias superlotadas, em condições degradantes, sendo os detentos submetidos a situações que agridem sua dignidade e dificultam sua ressocialização. Tal quadro é ainda mais preocupante quando verificamos que o Brasil é o quarto país encarcerador do mundo¹⁵. Em números absolutos, o Brasil alcançou a marca de 607.700 presos, atrás apenas da Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). Quando se compara o número de presos com o total da população, o Brasil também está em quarto lugar, atrás da Tailândia (3º), Rússia (2º) e Estados Unidos (1º). Segundo o ministério, se a taxa de prisões continuar no mesmo ritmo, um em cada 10 brasileiros estará atrás das grades em 2075¹⁶.

Este estado caótico frustra o objetivo da Lei de Execução Penal, pois, aparentemente, o seu objetivo principal, que é a ressocialização, não está sendo atingido.

¹⁴ Neto. M.V.F et al. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301 Acesso em 27/11/16.

¹⁵ Dados compilados pelo INFOPEN/2014. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf. Acesso em 6/09/2016.

¹⁶ Idem.

CAPÍTULO 2: A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O CÓDIGO PENAL MILITAR

De acordo com o site institucional do Superior Tribunal Militar (STM), a Justiça Militar da União existe em função da própria existência das Forças Armadas. Como justiça especializada, julga os crimes militares previstos no Código Penal Militar (CPM), tendo como principais jurisdicionados os militares das Forças Armadas e, em certos casos, até civis. Passou a integrar o Poder Judiciário a partir da Constituição de 1934 e seus julgamentos seguem a mesma sistemática do Judiciário Brasileiro.

2.1 Breve histórico

A história¹⁷ da Justiça Militar no Brasil começa com o próprio aporte da Família Real nas terras brasileiras em 1808, quando o país deixou a sua condição de colônia para ganhar o status de Reino Unido a Portugal. No período em que o reinado permaneceu no Brasil foram criadas instituições como a Guarda Real, a Biblioteca Nacional e o Jardim Botânico. Não diferente, procedeu-se em relação à instituição militar, que também acompanhou a vinda da família Real, representada pela organização de um corpo militar uniformizado com o intento de defesa e proteção da família real, e mais a frente, das instituições criadas na ex-colônia. Considerando as suas particularidades, de igual modo como ocorria em Portugal, os militares eram regidos por regulamentos próprios, aplicados por aqueles que integravam a carreira das Armas, que se encontrava, como ainda se encontra, assentada em dois princípios fundamentais: a hierarquia e a disciplina.

Formada toda estrutura de Estado, logo após a organização dos Ministérios, foi criado na cidade do Rio de Janeiro o Conselho Supremo Militar e de Justiça e, por extensão, a Justiça Militar Brasileira. É, portanto, o mais antigo tribunal superior do País, cujo bicentenário ocorreu no ano de 2008¹⁸. Durante os anos do Império e do início da fase republicana o Tribunal foi presidido pelos Chefes de Estado: no

¹⁷ Revista do Ministério Público Militar, ano XI, n. 14, p. 26-39, 1992

¹⁸ OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. Justiça Militar no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3185, 21 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21339>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

império, pelo regente D. João VI e pelos imperadores D. Pedro I e D. Pedro II e, na república, pelos presidentes Marechal Deodoro da Fonseca e Marechal Floriano Peixoto, sendo vinculado, desta maneira, ao Poder Executivo. Somente em 18 de julho de 1893, através de Decreto Legislativo, a Presidência do recém criado Supremo Tribunal Militar, denominação que substituiu o imperial Conselho Supremo Militar e de Justiça, passou a ser exercida por membros da própria Corte, eleitos por seus pares. Cumpre destacar que houve apenas mudança no nome do Tribunal, pois foram mantidos todos os componentes do antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, despojados de seus títulos nobiliárquicos e denominados, genericamente, Ministros¹⁹.

Foi na Constituição de 1946²⁰ que se consagrou o nome atual: Superior Tribunal Militar - STM. Desde sua fundação, à Justiça Militar da União cabem funções judicantes e administrativas, embora só fosse introduzida, efetivamente, no Poder Judiciário, pela Constituição de 1934. Em 15 de fevereiro de 1973, o Superior Tribunal Militar instalou-se em Brasília, recebendo sede própria.

2.2 Organização da Justiça Militar da União

Como já mencionado, a Justiça Militar da União é o ramo do Poder Judiciário especializado no julgamento de crimes militares.

Ainda, de acordo com o site institucional do STM, os tribunais de primeira instância da Justiça Militar da União são chamados de Auditorias Militares. Atualmente, há 19 Auditorias Militares em todo o país, organizadas geograficamente em 12 Circunscrições Judiciárias Militares. Existe também uma Auditoria de Correição, sediada em Brasília, onde atua o juiz-auditor corregedor. A Auditoria de Correição é um órgão de fiscalização e orientação, jurídica e administrativa, com

¹⁹ Pedra. Ricardo Moglia. Justiça Militar da União em evolução: a mais tradicional justiça brasileira e os desafios da atualidade. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14401. Acesso em: 7 nov. 2016.

²⁰ Freitas. Wladimir Passos; A pouco conhecida Justiça Militar no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/segunda-leitura-questionada-conhecida-jutica-militar>. Acesso em 7 nov. 2016.

jurisdição em todo o território nacional. Os recursos às decisões de Primeira Instância são remetidos diretamente para o Superior Tribunal Militar (STM).

O Superior Tribunal Militar é composto por quinze ministros, sendo dez militares e cinco civis. Isto é, os julgamentos são realizados a partir da experiência que os juízes militares trazem dos quartéis e do conhecimento dos juízes civis acerca da ciência jurídica.

Em termos numéricos, a Justiça Militar da União é composta de 15 ministros e 49 juízes civis (que atuam nas Auditorias Militares), sem considerarmos os serventuários administrativos e os integrantes do Ministério Público Militar. Destaque-se que o número de ministros é superior aos do STF (11 ministros).

2.3 Código Penal Militar e o Código Penal Comum – principais diferenças.

O código Penal Militar apresenta diferenças marcantes em relação ao Código Penal, fruto das diferenças da concepção entre crime militar e crime comum. Jorge de Assis²¹ discorre sobre as seguintes diferenças:

Punibilidade da tentativa - enquanto o Código Penal comum brasileiro adotou a teoria objetiva em seu art.14, II, punindo a tentativa com uma pena reduzida de 1 a 2 terços, o Código Penal Militar previu a punibilidade da tentativa pela teoria subjetiva (mesma pena do crime consumado). Encontramos decisões mantendo a punibilidade subjetiva, em acórdãos do Superior Tribunal Militar, como por exemplo, na Apelação nº 2003.01.049308-5-SP.30

Tratamento mais severo ao erro de direito. O Código Penal comum trata em seu art. 21 do erro sobre a ilicitude do fato, o qual se inevitável, ou invencível, exclui o dolo e, portanto, o autor fica isento de pena. Já o Código Penal Militar tratou do erro de direito de forma duplamente severa pois, se o agente supõe lícito o fato, por

²¹ Crime Militar e Crime Comum – conceitos e diferenças. Artigo extraído do site Jusmilitares. Disponível em <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/crimemilitarecomum.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

ignorância ou errada compreensão da lei, se escusáveis (ou invencíveis) sua pena poderá ser atenuada ou substituída por outra menos grave e, se for crime contra o dever militar, o erro de direito não lhe aproveita. No STM tem-se a Apelação nº 1986.01.044632-1-RS, que abarca este tratamento mais rigoroso.

Previsão do estado de necessidade justificante específico do Comandante. Esta previsão permite que o Comandante de navio, aeronave, ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade possa compelir os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Tratamento duplo ao estado de necessidade. Enquanto o Código Penal comum previu apenas o estado de necessidade justificante como excludente da ilicitude, o CPM previu igualmente tanto o estado de necessidade justificante, quanto o estado de necessidade exculpante como excludente da culpabilidade, desde que o direito alheio a ser protegido, seja, nesse caso, de pessoa a quem o agente está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição.

Previsão da pena de morte em tempo de guerra. A legislação militar brasileira sempre previu a pena de morte. Existe uma previsão constitucional do inciso XLVII do art.5º, o qual a ressalvou para o caso de guerra declarada. Vale destacar que na vigência do regime constitucional anterior, houve uma condenação à morte por crime contra a Segurança Nacional, aplicada pela Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar da Justiça Militar da União, em 18.03.1971, a um civil, menor de 21 anos, acusado de ter matado um Sargento da Aeronáutica. Tendo sido apelado para o Superior Tribunal Militar, a pena do réu foi reduzida para prisão perpétua em face da menoridade e da primariedade do agente.

Previsão de penas infamantes. Dentre as penas acessórias destaca-se a declaração de indignidade para com o oficialato e a declaração de incompatibilidade para com o oficialato. Perdendo o posto e patente será demitido *ex officio* sem direito a qualquer remuneração ou indenização.

Maior severidade ao tratamento dado à suspensão condicional da pena - sursis. Enquanto no Direito Penal comum exige-se que o condenado não seja

reincidente em crime doloso (podendo ser reincidente em crime culposo), no Direito Penal castrense exige-se que o sentenciado não seja reincidente em crime punido com pena privativa de liberdade (que tanto pode ser doloso como culposo), o que implica em um “plus” de severidade.

Tratamento mais severo ao crime continuado. Tratando da hipótese do crime continuado pune-se de forma mais severa, pois equipara o crime continuado ao concurso de crimes, exasperando, sobremaneira, a aplicação da pena.

Inaplicabilidade do juizado especial criminal aos crimes militares. O Juizado Especial Criminal tem competência para a conciliação, julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Todavia, a Lei dos Juizados Especiais Criminais não se aplica à Justiça Militar.

Inaplicabilidade das penas alternativas aos crimes militares. Para o Superior Tribunal Militar tal Lei não tem aplicação na Justiça Militar da União.

Do exposto verifica-se, em rápida síntese, que a Justiça Militar da União é bastante rigorosa na aplicação de penas impostas aos militares das Forças Armadas, dado a força das penas contidas no Código Penal Militar. Tal quadro faz-nos inferir que tal postura provoca reflexos na execução da pena. É o que estudaremos nos próximos dois capítulos.

CAPÍTULO 3: SOBRE O CONSERVADORISMO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Como já mencionado, o Direito Militar é o ramo do Direito afeto às Forças Armadas e tem a sua origem no Direito Romano, onde era utilizado para manter a disciplina das tropas da Legião Romana. É também conhecido como Direito Castrense.

O Direito Militar é um ramo do direito que regula uma categoria de funcionários públicos considerados “especiais”²², com direitos e prerrogativas que na sua maioria não são assegurados aos funcionários civis, sendo que, ao mesmo tempo possuem obrigações diferenciadas, como por exemplo, o sacrifício da própria vida no cumprimento de missão constitucional, o que se denomina de tributo de sangue, uma vez que estão sujeitos à pena de morte. Em razão dessas particularidades, foi assegurado aos militares o direito de serem processados e julgados perante a Justiça Militar da União. Há muito tempo se fala na extinção²³ da Justiça Militar, por considerarem o Direito Militar um privilégio para os militares e, principalmente, para os juízes e promotores daquela justiça especializada. Entretanto, em tese, esse ramo do Direito visa a proteger as Instituições Militares, Estaduais, do Distrito Federal ou da União, sendo que na área penal as penas são mais rígidas do que aquelas que se encontram estabelecidas no vigente Código Penal Brasileiro.

Sob o pretexto de preservar as instituições militares, mormente a “ordem e disciplina” o direito militar possui institutos próprios, o que é visto por doutrinadores e juristas militantes do direito penal comum como “absurdos jurídicos”, tendo em vista que o direito evoluiu com o passar do tempo e o direito é uno em sua essência.

Sob este viés, vários são os posicionamentos da Justiça Militar da União que revelam que esta justiça especializada se apega aos dogmas constantes do código penal militar, de 1969, em detrimento da evolução observada no código penal

²² BANDEIRA. Esmeraldino. Curso de Direito Penal Militar. Livraria Francisco Alves. Rio de Janeiro. 1915

²³ Nóbrega. Thalita Barin. A questão da Justiça Militar. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13304. Acesso em 12 nov. 2016.

comum. Neste sentido, temos a lição²⁴ de Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

“Pode-se constatar, lamentavelmente, que ao longo dos últimos anos as políticas públicas implementadas para o melhor enfrentamento da criminalidade têm centrado atenções na Justiça comum e esquecido os conflitos sociais que envolvem os militares. Diversas foram as alterações introduzidas no Código Penal comum e no Código de Processo Penal comum que visaram qualificar a intervenção punitiva, bem como obter maior efetividade na relação processual penal. Tais intervenções político-criminais, formalmente, não atingiram a Justiça Militar”

Ainda, conforme Benevides²⁵:

“... cumpre indicar que o Código de Processo Penal Comum foi seguidamente alterado por 46 (quarenta e seis) diplomas normativos desde a sua promulgação, ao passo que o Código de Processo Penal Militar (CPPM), codex mais recente que aquele (1941 x 1969), foi atualizado em apenas 05 (cinco) oportunidades (Leis nº 6.544/78, 7.040/82, 8.457/92, 8.236/96 e 9.299/96). Essa apatia legiferante tem causado sérios e significativos prejuízos à prestação jurisdicional e aos direitos dos jurisdicionados...”

Do até aqui visto, verifica-se que a Justiça Militar existe para processar militares e civis que, porventura, venham cometer crimes militares, crimes estes que possuem uma conotação diferenciada em relação aos crimes civis. De fato, é importante que haja essa diferenciação, no entanto, tal diferenciação deveria ocorrer apenas no que se refere à conotação do crime militar, já que este possui forma de interpretar o delito de forma mais conservadora e, ainda, penas mais pesadas que o mesmo delito praticado no mundo civil e, nesse sentido, tal diferenciação não deveria ser estendida a aspectos secundários como, por exemplo, à execução penal.

Nos tópicos a seguir, veremos alguns dos institutos adotados no direito penal comum e se estes são ou não recepcionados no seio castrense, buscando identificar as justificativas por parte da justiça militar para a não recepção destes institutos.

²⁴ Crime militar e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4586#_edn1>. Acesso em 11/11/2016.

²⁵ Direito Militar é esquecido nas reformas processuais. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/direito-militar-foi-esquecido-reformas-processuais-hoje-destoa>>. Acesso em 11/11/2016.

3.1 Não cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares.

O *habeas corpus* é “remédio judicial” dos mais preciosos, pois tem o poder de cessar a violência e a coação que os indivíduos possam estar sofrendo. Em tese, o *habeas corpus* condena atos administrativos praticados por quaisquer agentes, independentemente de serem autoridades ou não, assim como atos judiciais, e atos praticados por cidadãos comuns. O problema é que tal instituto não se aplica integralmente aos militares, uma vez que a nossa Constituição Federal, em seu artigo 142, § 2º, assim prevê: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Urge destacar que aqui não se está falando de crime, mas sim, de transgressão da disciplina. A título de demonstração, destacam-se alguns artigos do Regulamento Disciplinar do Exército²⁶ (igualmente aplicável à Marinha e Aeronáutica):

Art. 1º O Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) tem por finalidade especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições disciplinares, comportamento militar das praças, recursos e recompensas.

[...]

Art. 7º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

[...]

Art. 14º Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

[...]

Art. 23º A punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence.

Art. 24º Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

- I - a advertência;
- II - o impedimento disciplinar;
- III - a repreensão;
- IV - a detenção disciplinar;
- V - a prisão disciplinar; e
- VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

²⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm. Acesso em 12/11/16.

Ocorre que o ambiente militar, pautado pela rígida observação da disciplina, onde há quase que uma idolatria da hierarquia, não está imune a abusos. Militares, de graduações inferiores são os mais vulneráveis aos abusos de poder. Ademais, é importante frisar que na apuração da transgressão disciplinar, por meio de um instrumento denominado “Ficha de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD)”, caso o militar discorde da punição recebida, ele deverá cumpri-la sem direito a recurso e muito menos ao *habeas corpus*. Portanto, em se tratando de transgressão disciplinar, no caso de não recepção dos argumentos defensivos, o militar será duplamente prejudicado.

Portanto, não se advoga aqui a extinção da aplicação da penalidade aos militares que transgridam aos regulamentos mas, sim, que possam ter o mesmo direito de ampla defesa conferido aos civis. No caso dos civis, o procedimento adequado é o “processo administrativo”, de acordo com a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Esta lei, em seu artigo 2º, assim prevê: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito”.

3.2 Da não recepção do princípio da insignificância.

Os militares são indivíduos oriundos da própria sociedade, que passam por um processo de adaptação à vida militar, tornando-se, então, cidadãos fardados. Estes militares não passam vinte quatro horas confinados no quartel, de modo que o seu tempo é dividido entre o ambiente militar e o da vida normal na sociedade, como o estar com a família, frequentar atividades escolares, religiosas, etc. e, sendo assim, estão sujeitos a incorrerem nos mesmos fatos sociais afetos à população civil, como consumo de drogas, furtos, etc.

Em consulta ao glossário jurídico²⁷ do site do STF, verifica-se que o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta

²⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso em 12/11/16.

na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação.

Conforme cita Ribeiro²⁸, o Princípio da Insignificância foi reintroduzido na doutrina penal no ano de 1964, por meio de Claus Roxin, na Alemanha. Ainda, segundo a autora:

...”de acordo com o professor Odone Sanguiné²⁹, “o recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina mínima non curat praetor”. Assim, este princípio reza que, sendo a lesão insignificante não há necessidade da intervenção do Direito Penal e, conseqüentemente, da incidência de suas graves reprimendas, pois tal princípio exclui a tipicidade material do delito³⁰. Sendo assim, pode-se afirmar que o Princípio da Insignificância funciona como um mensurador da tipicidade material, na medida em que permite a atuação do Direito Penal apenas diante de condutas que afrontem materialmente o bem jurídico protegido.”

Para ser aplicado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Sobre o crime de furto, o Superior Tribunal Militar (STM) entende que não é o valor monetário da *res* o fator decisivo para selar o destino do agente, mas o relevante prejuízo para as Forças Armadas e para a sociedade em geral (STM – Ap. 2005.01.049837–0- RJ).

²⁸ Ribeiro. Carla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da insignificância. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_cader no=3#_ftn3>. Acesso em 12/11/16.

²⁹ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 1990, v.3, n.1, p.39.

³⁰ PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.62.

Sobre a posse de drogas o STM entende que o uso de entorpecentes compromete a segurança e a integridade dos membros das Forças Armadas (STM - Apelo 50832 DF 2007.01.050832-5).

3.3 Sobre a inaplicabilidade da Lei Antidrogas.

O uso de drogas é um problema que atinge a sociedade de forma agressiva, afetando todos os cidadãos e, sob este aspecto, não estão imunes os militares, particularmente os de graduação inferior.

Visando a reparar os danos causados pelo uso de drogas, dar ao usuário dependente suporte para abandonar o vício e, conforme ensina Nery³¹, impedir que o usuário ocasional se torne um dependente químico, foi criada a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei Antidrogas e no conteúdo da referida lei, seu artigo 28, trata, especificadamente, do usuário. Neste sentido, o objetivo principal desta lei é diferenciar o traficante do mero usuário. Com distanciamento entre ambos, atenua-se as condutas dos usuários e dependentes e agrava a situação penal dos traficantes e dos agentes responsáveis pela disseminação de drogas, aumentando o mínimo da pena privativa de liberdade para os respectivos crimes.

Sem tecer maiores comentários, temos a seguinte súmula do STM:

SÚMULA Nº 14 - (DJe Nº 149, de 02.09.14)

"Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União".

Não obstante o posicionamento do STM sobre o tema, assim se manifesta o Ministério Público Militar:

³¹ "É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência". (Cesare Beccaria). NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro>. Acesso em: 04 de dez. de 2016.

“O fato é que, com acertos e desacertos, avançou a legislação penal e processual comum no tocante ao delito de entorpecente. Enquanto isso, as leis penal e processual militar permaneceram vetustas nesse particular.

Apesar disso, ao nosso aviso, ante as omissões voluntárias do legislador do Código de Processo Penal Militar acerca do assunto em tela, entendemos, com base no art. 3º, a, do CPPM (os casos omissos neste código serão supridos pela legislação de processo penal comum) que as inovações trazidas pela Lei nº 11.343, de agosto de 2006, por analogia autorizada, tem inteira aplicação no Processo Penal Castrense.” (Revista do Ministério Público Militar, ed. nº 20, pág. 136)

Ainda sobre o tema, o STF decidiu no ano de 2008:

EMENTA: PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE.

Crime Militar (CPM, art. 290). superveniência da lei nº 11.343/2006, cujo art. 28 – por não submeter o agente a pena privativa de liberdade – qualifica-se como norma penal benéfica. controvérsia em torno da aplicabilidade, ou não, a esse delito militar (CPM, art. 290), do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A questão da precedência do princípio constitucional da “lex mitior” sobre regras penais mais gravosas, mesmo que inscritas em diploma normativo qualificado como “lex specialis”. doutrina. precedente do STF (2ª turma). Invocação, ainda, do princípio da insignificância, como fator de descaracterização material da tipicidade penal. possibilidade de sua aplicação aos crimes militares. precedentes do Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar deferida. (Habeas Corpus nº 94.085-4, de 29 de abril de 2008)

Vimos que a lei antidrogas intentou fazer com que o usuário (não o traficante) pudesse compreender que o uso de drogas não é bom para si e, sendo este, principalmente, réu primário, lhe é facultado uma reflexão sobre o assunto, sem que para tanto, seja punido. Destaque-se que a aplicação deste instituto penal aconteceu após a verificação pelo Judiciário de que a prisão do mero usuário não estava surtindo efeito, assim como havia uma desproporcionalidade da aplicação da lei, no caso de prisão. A justiça militar, ao não aplicar este instituto, perde a oportunidade de proporcionar ao militar, normalmente os de menores graduação, a faculdade de identificar os efeitos nocivos do uso de entorpecentes, preferindo puni-lo, além de devolvê-lo à sociedade, por meio da sua exclusão da corporação.

3.4 Sobre a inaplicabilidade das penas restritivas de direito.

Com o intuito de proporcionar ao condenado a uma pena superior a quatro anos outra forma de retribuir o injusto perpetrado, foi idealizada a substituição de sua pena por outra restritiva de direito. As condições básicas para esta substituição são que a pena em concreto não seja superior a quatro anos e que tenha sido o crime executado sem violência física ou moral. Sendo assim, a pena restritiva de direitos é uma sanção em substituição à pena privativa de liberdade e consiste na retirada ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Trata-se, portanto, de pena alternativa e será aplicável aos crimes com penas mais brandas. Está ligada ao princípio da proporcionalidade.

Conforme preceitua o art. 43 do Código Penal Comum (CP), as penas restritivas de direito podem ser: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Na Justiça Militar da União tal instituto também não se encontra acolhido, sob a justificativa de que nessa Justiça Especializada a imposição de medidas despenalizadoras não é admissível, ou seja, em qualquer caso, existe a obrigatoriedade de aplicação de pena, ainda que seja sob o sursis (para pena até dois anos). Nesta senda, temos o seguinte julgado do STM:

EMBARGOS INFRINGENTES. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

Ao promover a reforma parcial do Acórdão embargado, esta Corte não se desviou dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade na minoração da pena imposta ao embargante, definindo-a em 02 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, como incurso no artigo 311 do CPM c/c o artigo 71 do CP comum, não obstante a pluralidade de condutas perpetradas nos autos, num total de 38 (trinta e oito). Inadmite-se nesta Justiça Especializada a imposição de medidas despenalizadoras, haja vista as peculiaridades do Código Penal Militar e a natureza jurídica dos bens jurídicos tutelados pelo legislador castrense. Embargos rejeitados. Decisão majoritária. (Embargos de Declaração nº 000013-97.2006.7.03.0103 UF: RS Decisão: 21/05/2013)

Interessante notar o posicionamento do Ministério Público Militar sobre o tema:

“Como exposto, buscando na própria legislação argumentos técnicos para aplicação das penas alternativas, bem como amparado por doutrina e jurisprudência, a possibilidade de reconhecer a adequação e aplicação da Lei nº 9714/98 ao Código Penal Militar, no âmbito da Justiça Militar da União, mostra-se pertinente e consentânea com os princípios da caserna, do Direito Humanitário e da ONU.” (Revista do Ministério Público Militar, ed. nº 22, pág. 20)

Do exposto, vimos que a Justiça Militar não incorporou o instituto das penas restritivas de direitos. Tal fato pode ser explicado pela ausência de previsão de tal instituto no Código Penal Militar, que assim descreve os tipos de penas aplicáveis aos condenados por essa justiça: morte, reclusão, detenção, prisão, impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e, reforma. No entanto, tal ausência não pode servir de impedimento para que seja aplicada a analogia e aplicação da pena a luz de toda sistematização legal e jurisprudencial existente. Tal afastamento, demonstra, uma vez mais, que a justiça militar não assimilou os conceitos de justiça humanitária, preferindo, em todas as situações, adotar o viés retributivo, viés este que, como sempre soubemos, não recupera o indivíduo.

3.5 Sobre a Inaplicabilidade da Lei de Execuções Penais na Justiça Militar.

Da leitura da lei de execuções penais, em seu Art. 2º, § único, verificamos que seus dispositivos se aplicam ao condenado pela Justiça Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, isto é, apenas quando cumprindo pena em presídios civis. Tal dispositivo, em tese, nega aos encarcerados na justiça militar os direitos garantidos e definidos naquela norma.

Destaque-se que diante da existência de uma lei que foi pensada em nível nacional, maturada por longos anos com o fito de preservar o direito dos presos enquanto seres humanos e, assim, a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana para essa categoria de cidadãos, a Justiça Militar da União nada fez

para que fosse criada uma LEP específica para essa justiça especializada, limitando-se a negar veementemente a incidência daquela norma.

De certo modo, é compreensível, em certa medida, que determinada lei não se aplique a determinada categoria em função de certas peculiaridades, no entanto, não se pode ignorar que tanto o preso pela justiça comum quanto pela justiça militar é pessoa portadora de direitos, que devem ser observados, sob o risco de ferir-se o princípio da isonomia e, principalmente, o art. 5º da Lei Maior (CF/88), onde claramente está especificado que todos são iguais perante a lei. Não à toa, a justiça militar é vista como uma justiça de exceção.

O Promotor de Justiça Militar Luiz Felipe Carvalho, em artigo intitulado “Uma perspectiva atual da competência da justiça militar da União para o julgamento de civis”, reproduz o seguinte fragmento:

“Vivemos em tempos turbulentos no tocante à existência e importância da mais antiga Justiça constituída em nosso país. A Justiça Militar sofre ataques pantagruélicos e despidos de veracidade. Em tons, nada palatáveis, vem sendo chamada de Tribunal de Exceção, Corte Marcial e, pasmem, de Justiça responsável por “dar cabo” aos direitos humanos³². Há ainda, vozes que luciferam a falta de produtividade da Justiça mais célere do país”. (Revista do Ministério Público Militar, ed. nº 24, pág. 162)

Recentemente, o STM julgou o seguinte *habeas corpus*, do qual verificamos a permanência do entendimento quanto à inaplicabilidade da LEP:

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA DE CIVIL EM ORGANIZAÇÃO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO APELAR EM LIBERDADE. PROVIMENTO. SURSIS. DESPROVIMENTO. FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. DESPROVIMENTO.

O Princípio da Individualização da Pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, deve ser observado por toda legislação infraconstitucional. Em atenção ao referido Princípio, o Código Penal Militar prescreve em seu art. 59 que os militares condenados devem cumprir a pena em estabelecimento militar, não cabendo aplicação dos benefícios da Lei de Execuções Penais comum (Lei nº 7.210/84), diante da existência da norma especial, e no seu art. 62 está previsto que o Civil condenado pela Justiça Militar cumpre pena em estabelecimento prisional civil, podendo usufruir dos

³² A Procuradoria-Geral da República (PGR), na ADPF 289, pede que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, nova interpretação na Constituição Federal (CF) de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamentos pela Justiça federal ou estadual. Para isso, um de seus argumentos seria o de que a Justiça Militar, ao julgar civis, fere frontalmente os direitos humanos.

benefícios da Lei de Execuções Penais. Deve-se, portanto, aplicar a Lei de Execuções Penais aos presos quando recolhidos em estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária: presídios civis, cadeias públicas etc. E, aos recolhidos nas Organizações Militares, a legislação castrense..... Ordem de *habeas corpus* concedida. Decisão unânime. (HC - 0000186-74.2016.7.00.0000 UF: AM Decisão: 26/10/2016)

Pesquisando jurisprudência do STJ e STF sobre o assunto, verifica-se que até o ano de 2011 as decisões relativas à aplicação da LEP aos condenados na Justiça Militar, quer sejam estaduais ou da União, se limitavam aos seguintes termos: “militar que se encontra cumprindo pena em estabelecimento penal militar, não se sujeita aos benefícios da lei nº 7.210/84”. Porém, em agosto de 2011, passados quase 30 anos da promulgação da Lei de Execução Penal, a 5ª turma do STJ, em julgamento do HC nº 215765 / RS (2011/0191919-0), com base no entendimento de que é possível a progressão de regime de cumprimento de pena em estabelecimento militar, garantiu esse benefício a um condenado por crime militar, a partir da aplicação da lei de Execução Penal (*HABEAS CORPUS* Nº 215.765 – RS. 2011/0191919-0). Para uma melhor reflexão sobre o tema, urge destacar o seguinte extrato do julgado:

“Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares "quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária", o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.”

No julgado acima, o Ministro Gilson Dipp ressaltou que a legislação militar nada diz sobre a possibilidade de progressão de regime para os condenados que cumprem pena em penitenciária militar e, neste sentido, deve ser utilizado, subsidiariamente, os institutos do código penal comum. Assim, verifica-se um primeiro movimento no sentido de corrigir esse tratamento diferenciado do apenado

em estabelecimento militar e no ordinário. Neste sentido, importante se faz destacar o seguinte extrato do voto deste relator:

“Analisando os argumentos apresentados pelo ilustre Relator Min. Ayres Britto, restei convencido de que o pleito da defesa merece acolhimento, uma vez que na lacuna da lei castrense com referência a citada matéria, deve-se aplicar subsidiariamente a legislação comum. No caso em tela a LEP. Não há outro caminho. É o momento da Justiça Militar Estadual se ajustar a esta nova realidade. Já é hora do preso militar receber um tratamento digno na execução da pena, conforme bem frisou Maurício Matos Rosa e Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira em seu artigo "A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME, DA REMIÇÃO E DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS AOS MILITARES ESTADUAIS CONDENADOS PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988", publicado na Revista DIREITO MILITAR nº 88, páginas 05/12. Logo, adotando como razão de decidir a fundamentação do citado acórdão, defiro a solicitação da defesa.”

Em 2014, ampliando esse novo entendimento sobre a aplicabilidade da LEP aos condenados na Justiça Militar, particularmente da Justiça Militar da União, o STF julgou o HC 123191 AM e, nesse sentido, assim decidiu:

“5. Em análise preliminar, observo que as razões apresentadas pela Auditoria Militar e pelo Superior Tribunal Militar para afastar a aplicação da Lei nº 7.210/1984 estão em desacordo com o entendimento prevalecente no julgamento do HC 104.174, Rel. Min. Ayres Britto, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.”

Prosseguindo, com o intuito de melhor analisar o decidido pelo STF no HC 123191 AM, de 2014, reproduzimos o seguinte extrato:

“1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da

Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso.....”

Da leitura desta primeira parte do acórdão é possível observar que tal decisão atua como um “recado”, no sentido de que a Justiça Militar da União adote a “justa medida” entre a ação criminosa e a reação coativa do estado. Por estado entendemos todas as entes da federação e todas as instituições, incluindo todo o sistema judiciário e as forças armadas. Nesse sentido, importante se faz a adoção de metodologias, como o da progressão da pena, de forma que, aos poucos, o apenado vá se reintegrando na sociedade.

Ainda, do mesmo acórdão destacamos:

“2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).”

Da leitura deste fragmento, fica cristalino que os militares não foram excluídos dos preceitos constitucionais, e quando foi feito, foi de forma explícita. Esta assertiva desmonta a permanente justificativa da justiça militar para a não adoção da LEP, ao afirmar, repetidamente, que tal lei não se aplica à justiça militar.

Ainda, conforme o item “4” do mesmo acórdão, abaixo reproduzido, fica claro que o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, contraria a Constituição Federal:

“4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. “

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense.”

Isso posto, conforme demonstrado, não obstante o posicionamento firme do STJ e do STF sobre o tema, o STM mantém-se resistente á adoção da LEP no seu sistema de execução penal, trazendo sérios prejuízos aos jurisdicionados dessa justiça especializada.

3.6 Fatores que favorecem o conservadorismo na Justiça Militar da União.

Sendo o direito um só, ou seja, uno, não é de se admitir que uma justiça interprete o mesmo artigo de lei diferente de outra, principalmente tratando do mesmo ramo do direito, como no direito penal. É possível haver diferença de interpretação e aplicação de uma norma entre ramos diferentes como, por exemplo, entre o direito civil e o trabalho. No entanto, aplicação da norma no direito penal na justiça comum e na justiça militar é de se estranhar, ainda que se trate de uma justiça especializada. Isto, faz parecer que a justiça militar está desgarrada da evolução natural que a ciência jurídica se sujeita. Neste sentido, assim se manifesta o articulista Eladio Estrela³³:

“Sempre que escrevo sobre o Direito Militar Brasileiro, não posso deixar de reconhecer sobre a desatualização dos seus dogmas e a tenaz persistência do regime castrense, sob os auspícios da condição de ser regido por direito especial, teimar em não se entronizar aos novos rumos das Ciências Jurídicas no que pertine à homenagem aos direitos sociais e humanos, quase sempre sob a alegação que a hierarquia e disciplina estarão abaladas se esse ou aquele direito devido ao cidadão comum fizer

³³ Estrela, Eládio Pacheco. Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1441>. Acesso em 24/11/2016.

parte do acervo jurídico de proteção à liberdade e aos bens destinados aos militares. Entretanto, os deveres não são da mesma forma valorados no equilíbrio dessas relações, pois são exigidos indiscriminada e incontinenti sem a distinção que se dá às prerrogativas.

São muitos os direitos sonegados, máxime os sociais e as garantias individuais, os quais são postos de lado quando se trata de convertê-los em patrimônio para equalizar ou tornar indene os que com destemor e amor à pátria, enfrentam uma vida e uma carreira sem local fixo de trabalho, renunciando aos beneplácitos que a existência oferece ao cidadão comum,

Em nossa opinião, o fator que mais contribui para que o Direito Militar se agarre aos seus velhos dogmas é a própria constituição daquela Corte. De acordo com o site institucional do STM, a Corte é composta de quinze ministros militares sendo três oficiais-generais da Marinha, quatro oficiais-generais do Exército, três oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira e cinco juízes civis, oriundos da magistratura, do Ministério Público Militar e Advogados. Assim, depreende-se que a supremacia dos juízes militares levarão sempre em conta o critério da preservação da hierarquia e disciplina, ou manutenção da “imagem institucional das Forças Armadas”, em detrimento dos direitos pessoais de seus integrantes. Se a composição fosse inversa, qual seja, dez juízes civis e cinco militares, possivelmente teríamos julgamentos mais técnicos, alinhados com a justiça comum.

Outro fator marcante é que os 10 (dez) ministros militares não são formados em Direito. Basta apenas estarem no posto mais elevado da carreira e serem nomeados pelo Presidente da República. Sendo assim, não é de se estranhar que ao invés de termos julgamentos técnicos, tenhamos juízos de valor.

Como último fator, entendemos que, tendo em vista a proibição de envolvimento dos militares com a política, os militares possuem quase ou nenhuma representatividade junto aos políticos, o que faz com que a classe militar fique esquecida.

Finalizando, cumpre destacar que, uma vez mais, que diferentemente dos Ministros do STM, o Ministério Público Militar (MPM) é todo constituído de profissionais formados nas Ciências Jurídicas, concursados e, como visto, a maioria destes alinhados com os entendimentos uniformizados pelas cortes superiores.

CAPÍTULO 4: SOBRE A EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Vimos no capítulo anterior algumas peculiaridades da Justiça Militar da União e, por esse prisma, não é difícil visualizar que tais peculiaridades tragam reflexos na execução penal militar. Como sabido, o militar cumpre pena no quartel, uma vez que, na maioria dos quartéis existe o conhecido “xadrez”, instalação concebida para o cumprimento de pena oriunda de transgressão disciplinar, chamada de prisão administrativa.

Na ausência de uma Lei de Execução Penal Militar, compulsando-se ao Código de Processo Penal Militar (CPPM) e ao Código Penal Militar (CPM), verificamos a referência à prisão militar, no entanto, na Justiça Militar da União apenas a Marinha dispõe de tal presídio, restando prejudicados o Exército e a Aeronáutica. Nos dizeres de Assis³⁴:

“Nas Forças Armadas, salvo engano para o qual desde logo me penitencio, existe somente uma penitenciária militar – o Presídio da Marinha, sediado no Rio de Janeiro, criado em 28.09.1966”

.....

“Nos demais casos, mantendo a condição de militar, o sentenciado cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar nos quartéis das Forças Armadas.”

Verifica-se, assim, que o militar do Exército e da Aeronáutica cumpre pena no quartel. Portanto, desde já chama-nos a atenção se a prisão no quartel seria algo adequado para o cumprimento de pena. A resposta é simples: não, pois, conforme a LEP, a execução penal deve ser executada em estabelecimentos adequados e compatíveis com a pena. Ademais, o quartel é um ambiente de trabalho, onde são realizadas instruções de tiro, de explosivos, de ordem unida, instrução noturna e diurna, etc. Neste sentido, preleciona Assis (2011, p. 78):

“Esclarece que nos locais onde não há presídio militar, o militar é preso em quartel, no entanto, os quartéis nem sempre estão preparados para encarcerar militares condenados ou à disposição da Justiça. Os quartéis têm suas atividades próprias e para isto seu

³⁴ Cesar de Assis. Jorge. A execução da sentença na Justiça Militar da União. Palestra proferida no IX Congresso Nacional das Justiças Militares, em 05.10.2007, em Campo Grande – MS

efetivo é preparado não para cuidar do preso. A presença de presos militares em quartéis resulta diversos problemas, tais como as visitas de familiares, amigos e advogados dos presos, as quais quebram a rotina do quartel e por vezes geram constrangimentos. Mas um problema mais grave, adverte, está relacionado ao tipo de crime praticado pelo militar, porquanto se for um crime que causa repulsa no seio da Tropa o preso poderá não ter o tratamento adequado a sua recuperação e ressocialização.”

Ainda, importante frisar que o quartel é, invariavelmente, um local de segurança máxima, sendo sujeito a ataques e invasões e, nestas circunstâncias, o preso ali abrigado corre perigo de vida, pois, certamente, os militares de serviço dedicarão antes atenção à defesa do aquartelamento.

Isso posto, passamos a discorrer sobre alguns aspectos que, à luz da Lei de Execução Penal, tornam a execução penal nos quartéis mais penosa do que na Justiça Comum, o que faz nos leva a concluir por várias ilegalidades perpetradas pela Justiça Militar no tocante à execução penal. Tal conclusão, ainda que prévia, tem guarida na expressão do Promotor de Justiça Militar Jorge Cesar de Assis³⁵:

“O que se prega é que o condenado da Justiça Militar e o condenado da Justiça comum, enquanto condenados pela prática de crime idêntico, devem ser tratados de forma análoga, ainda que se resguardem as prerrogativas daqueles que mantém posto e graduação, e que se atenda igualmente às regras que informam a disciplina e a hierarquia, nos locais de cumprimento de pena sob administração militar.”

4.1. Das assistências prestadas ao preso militar

O artigo 10 da LEP assim se expressa: “A assistência ao preso e ao internado é um dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno do agente à convivência em sociedade.” Dentre as assistências previstas chama-nos atenção a falta de assistência jurídica, educacional, social e religiosa. Por mais que exista a Defensoria Pública na Justiça Militar, esta é de providência recente na Justiça Militar

³⁵ Cesar de Assis. Jorge. A execução da sentença na Justiça Militar da União. Palestra proferida no IX Congresso Nacional das Justiças Militares, em 05.10.2007, em Campo Grande – MS.

da União, a qual se considera, ainda, pouco adaptada ao “modo de pensar” da Justiça Militar.

A assistência educacional inexistente e a religiosa não se tem conhecimento, não obstante a existência de Oficiais Capelães nas Forças Armadas. É possível que estas ausências de assistência seja fruto da baixa quantidade de apenados, o que faz com que não exista uma programação regular. Nesses momentos de encarceramento, é muito importante a assistência religiosa, pois é uma situação nova para o militar.

De todo modo, a assistência que certamente mais faz falta para o militar apenado é a referente a parte social, já que nesta situação o militar, estando segregado da sociedade, também o fica dentro do ambiente prisional. A realização de atividades sociais com a presença de parentes seriam bem-vindas.

4.2. O trabalho do preso militar

Da mesma forma que nos presídios civis, o militar apenado na Justiça Militar não está dispensado do trabalho, com a diferença de que, para os primeiros, os dias trabalhados podem ser computados para a progressão de pena, enquanto nos ambientes militares o apenado cumpre pena sem prejuízo do serviço e sem a progressão, conforme cita Jorge de Assis³⁶: “Assevera Luiz Alberto Moro Cavalcante, que no Código Penal Militar, as penas privativas de liberdade não são executadas em forma progressiva, porque não existem os regimes fechado, semiaberto e aberto.”

Trabalhar no quartel não deveria ser um algo ruim, pois é sabido que o trabalho é salutar para a ressocialização do indivíduo. Ocorre que nas Forças Armadas, em escala maior que na sociedade civil, o militar apenado, ainda que utilizando a mesma farda, é visto como um transgressor dos códigos de ética militares e, neste sentido, o trabalho passa a ser um fardo a mais, pois estará constantemente sendo julgado pelos companheiros de mesmo uniforme. Além disso, naturalmente, será preterido pelos seus Chefes em relação a outros militares. Verá os seus companheiros saindo

³⁶ Da execução da pena na Justiça Militar Estadual. Cadernos Jurídicos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, volume 6, nº 3, jul/dez-2004, p.107.

para sua residência ao final do dia, como também seus companheiros participando de solenidades e de confraternizações e, ainda que lhe seja autorizado estar presente nesses momentos em comum, se sentirá um alienígena, o que fará com que, inevitavelmente, se sinta inferiorizado, já que se perceberá destituído do sentimento de pertencimento do grupo, causando uma angústia interior. Neste sentido, Ana Lúcia Amaral³⁷, citando Weber:

“... a comunidade se auto define e estabelece as suas fronteiras, bem como estabelece meios de diferenciação tanto interna como externa. Os costumes que essa comunidade é capaz de gerar podem garantir a sua sobrevivência e reprodução. Weber denomina-a de “comunidade política”, ou seja, está voltada para a ação, partilhando valores, costumes, uma memória comum, criando uma “comunidade de sentido”, independentemente de laços sanguíneos, na qual há um “sentimento de pertencimento”. A sensação de “pertencimento” significa que precisamos nos sentir como pertencentes a tal lugar e ao mesmo tempo sentir que esse tal lugar nos pertence, e que assim acreditamos que podemos interferir e, mais do que tudo, que vale a pena interferir na rotina e nos rumos desse tal lugar.

Repisando, o militar condenado pela Justiça Militar cumpre pena no quartel, em local originariamente destinado à prisão administrativa e, em geral, no quartel em no qual está lotado. Tal assertiva se torna mais evidente naquelas cidades em que existe apenas um quartel, como é o caso da maioria das cidades do interior do Rio Grande do Sul. Em algumas capitais, existe a previsão de que a pena seja cumprida em um quartel em específico, no entanto, com as mesmas características de um quartel normal, ou seja, não preparado adequadamente, atendendo a uma conveniência administrativa, qual seja, a concentração dos locais de cumprimento de pena.

Ainda, destaque-se que em existindo presos de postos e graduações distintos, ou seja, do Soldado ao Coronel em instalações centralizadas, sem a devida separação, grande é a possibilidade de ocorrer constrangimentos mútuos.

Assim, com vistas a eliminar esse problema, seria interessante que fosse oportunizado ao militar desempenhar suas atividades laborais (ou cumprir pena) em outro quartel distante, com o objetivo de que tenha sua imagem pessoal preservada.

³⁷ Amaral. Ana Lucia. Pertencimento. Disponível em <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Pertencimento>>. Acesso em 26/11/2016.

4.3. Os direitos e deveres do preso militar

A LEP prevê em seus artigos 39 e 41 diversos direitos e deveres. No ambiente militar, os deveres e direitos dos presos são aqueles constantes dos regimentos internos de cada ambiente prisional militar, não havendo uma uniformidade. Em algumas situações, o Juiz-Auditor, ouvido o Ministério Público Militar, estabelece os direitos e deveres que, de modo geral, se limitam a banho de sol diário, refeição nas horas estabelecidas e uma visita de até duas horas de parente e amigos, no sábado ou domingo.

Quanto aos direitos e deveres, não é difícil verificar que a disciplina, inerente a todo militar, faz com que, praticamente, inexistam infrações dos presos militares quanto aos seus deveres. Quanto aos direitos, não existe um dispositivo legal ou administrativo definido, ficando a critério do Juiz-Auditor e do Ministério Público Militar delimitar estes direitos, que nem sempre são claros ao apenado.

Para que possamos melhor discorrer sobre os direitos do preso militar, urge destacar que na LEP, o seu Art. 41 prevê que:

“Constituem direitos do preso: proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; audiência especial com o diretor do estabelecimento; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.” (adaptado)

Quanto à proporcionalidade na distribuição do tempo para trabalho, o descanso e recreação, a recreação resta totalmente prejudicada, estando o militar sujeito apenas a trabalho e descanso. Possivelmente, a falta desta atividade tem como motivo o baixíssimo número de apenados. Por recreação poderíamos entender também a atividade física no interior do quartelamento, uma prática esportiva, frequência a uma academia, uma corrida, etc. Destaque-se que tal atividade não é permitida, uma vez que tal direito demandaria escolta, não obstante o quartel ser todo cercado e vigiado.

“Entre os meios de recreação ganha vulto o esporte incluindo-se a ginástica que não é apenas meio para manter a saúde física e psíquica ou seja o equilíbrio biopsíquico mas contribui também para a disciplina e a elevação moral do preso [.....] são atividades importantes porque contribuem de maneira eficiente para que o preso mantenha a sua autonomia íntima exercite sua liberdade interior e sua imaginação, sublime, ou pelo menos, canalize pulsões e cargas emocionais ou tensões físicas e psíquicas, mantendo assim o equilíbrio necessário para uma vida o quanto possível normal.” (MIRABETE, 2002, p.121,122)

Quanto à entrevista pessoal e reservada com o advogado, tal direito também resta prejudicado, tendo em vista que a maioria dos quartéis sequer dispõe de parlatórios, e quando os tem, a guarda impede que a conversa seja reservada.

No que se refere à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, tais visitas, acabam sendo indesejadas pelo apenado, pois, não obstante a existência de horário e dias previstos para que elas aconteçam, tais momentos são constrangedores, haja vista a ostensiva vigilância e a inexistência de local adequado. Tal situação faz com que o apenado abdique da visita, o que prejudica não só a si, mas os amigos, parentes e a própria companheira.

Por fim, quanto ao contato com o meio exterior, tal direito é bastante prejudicado, já que normalmente não existem instalações e equipamentos apropriados no ambiente prisional como, por exemplo, a televisão, considerada o melhor e mais comum meio de comunicação com o mundo exterior. De todo modo, em havendo autorização judicial para, por exemplo, dispor de uma televisão na cela, o apenado deverá providenciá-la.

4.4. Sobre a integridade física e moral dos presos.

De acordo com a Carta Maior, o respeito à pessoa do preso é um direito. Ele não pode ser humilhado ou exposto a situação aviltantes, pois é previsto que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Assim, manter um condenado em ambiente militar, além de inadequado, é, também, sujeitá-lo a uma situação de risco, comprometendo a sua integridade física. No tocante à sua integridade moral, tal fato se consubstancia pelo simples fato de

estar preso e trabalhando no mesmo local, sujeito aos olhares e juízos de valor dos demais militares. É certo que estes militares comentarão o fato com familiares, com militares de outros quartéis e assim por diante. Em alguns casos o militar, ao terminar o expediente, é escoltado até o local da prisão. Isso posto, infere-se que a manutenção do militar preso no mesmo ambiente em que trabalha (ou próximo do local de trabalho) configura uma situação vexatória, sujeitando-o a humilhação e execração pública, sendo irreparável em suas condições psicológicas.

Tal retrato contraria o artigo 38 do Código Penal, que versa que: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". No mesmo sentido, o artigo 40 da Lei de Execuções Penais - LEP corrobora este direito, ao definir que "impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios".

Portanto, para corrigir esta situação, só resta uma alternativa: criar estabelecimentos adequados ou adaptar quartéis para o correto e justo cumprimento da pena. Ressalte-se que tal possibilidade não é difícil para as Forças Armadas, já que dispõe de várias instalações que poderiam funcionar como estabelecimentos prisionais. Ademais, como já dito, o militar, por ser naturalmente disciplinado, demandaria pouca ou nenhuma vigilância. Assim, a título de exemplo, um apenado do Exército poderia perfeitamente cumprir pena em um quartel da Aeronáutica ou outro quartel do próprio Exército, em instalações adequadas e compatíveis com o regime da pena imposta, dispor de um programa assistencial e, principalmente, ter garantida a preservação de sua integridade moral. Nesse sentido, afirma Mirabete (2002, p.116)

“Preceitua o artigo 40 que se impõem a todas as autoridades o respeito à integrada integridade física e moral dos presos provisórios. Estão assim protegidos os direitos humanos fundamentais do homem, dentre eles a da dignidade humana, porque serve de suporte aos demais [.....] Em todas as dependências penitenciárias e em todos os momentos e situações devem ser satisfeitas as necessidades de higiene e segurança de ordem material bem como as relativas ao tratamento digno da pessoa humana, que é o preso. A resolução nº 7 de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária reitera o princípio fundamental de que qualquer pessoa presa tem direito a preservação de sua integridade física e moral, não devendo ser submetida à tortura, a tratamento desumano ou degradante, nem ficar exposta à execração pública. A lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura, tipifica como ilícito penal quem submete pessoa presa a sofrimento físico ou mental, por intermédio de prática de ato

não previsto em lei, bem como aquele que se omite em face dessas condutas quando tinha o dever de apura-las.”

4.5. Das ilegalidades na execução penal na Justiça Militar

Pode-se inferir que existem ilegalidades na execução penal na Justiça Militar, à luz da Lei de Execuções Penais. Fica claro que para compatibilizar a execução penal militar com os preceitos da LEP, muito precisa ser feito para que os apenados por essa Justiça possam ter os seus direitos garantidos.

Além dos já descritos, outros direitos dos militares são negados, como, por exemplo, saída temporária e visita íntima. Sobre este último:

“O direito à visita íntima não se encontra, ainda, previsto em lei, originando-se do costume adotado pelas direções dos presídios, de modo que não pode encontrar barreira justamente em critérios subjetivos, por vezes, preconceituosos. (NUCCI, 2011, p. 995).”

Manifestando sobre o tema³⁸, Assis assim se posiciona:

“Nas penitenciárias militares, a regra de seu dia-a-dia é o cumprimento de pena, e de consequência o encarceramento do preso. Nos estabelecimentos penais militares a regra é o encarceramento mas, este tipo de organização militar adaptada também tem como regra de seu dia-a-dia o cumprimento das missões constitucionais confiadas à Força a qual pertença. Já nos quartéis, as OM ou OPM por excelência, o cumprimento de penas de prisão em decorrência de processo penal é a exceção, a regra é o cumprimento de sua atividade fim. Daí, portanto, permanece a dificuldade em vislumbrar a aceitação do deferimento da visita íntima em relação aos presos militares cumprindo pena em quartéis.”

.....

“Tendo-se por norte a clássica distinção entre estabelecimento militar, estabelecimento penal militar e penitenciária militar trazida pelo Código Penal Militar, iremos verificar que a plenitude da concessão da visita íntima é possível de ser aplicada nas penitenciárias militares e nos estabelecimentos penais militares (Organizações Militares adaptadas), sendo inviável sua aplicação nas Organizações Militares por excelência, como são vulgarmente conhecidas: os quartéis.”

³⁸ Assis, Jorge Cesar. Novas considerações sobre o direito à visita íntima na justiça militar. Disponível em <<https://jorgecesarassis.jusbrasil.com.br/artigos/121940519/novas-consideracoes-sobre-o-direito-a-visita-intima-na-justica-militar>> Acesso em 27/11/2016.

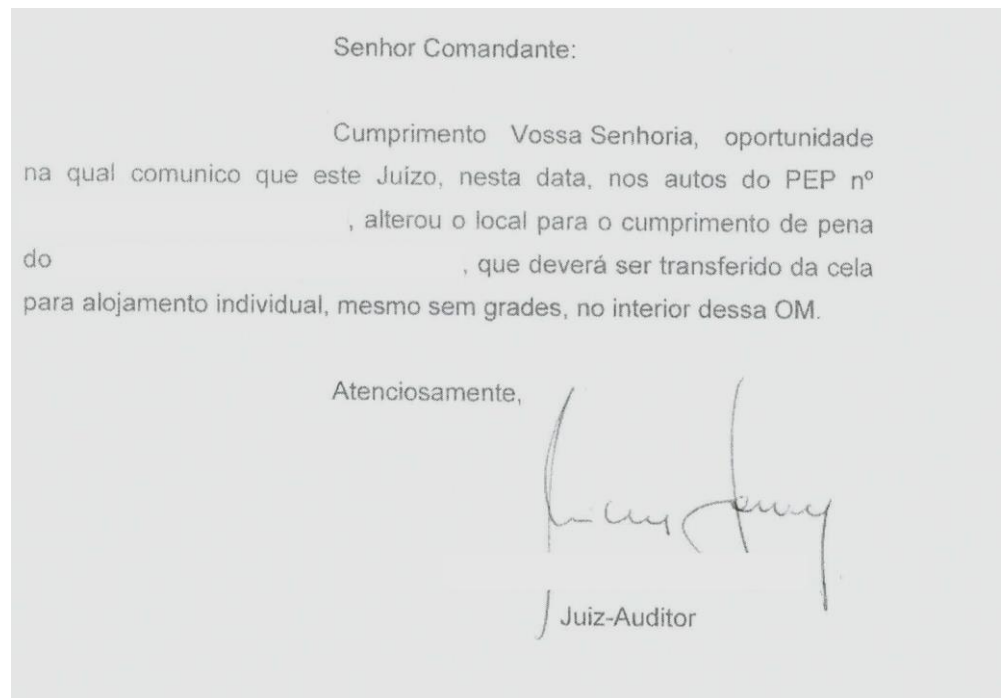
Para ilustrar tudo o que foi exposto e, desta forma, dimensionar algumas destas ilegalidades, apresenta-se a seguinte determinação judicial militar (dados particulares omitidos) para estudo:

Encaminha ao Ilmo. Sr. Comandante do 3º Batalhão de Polícia do Exército, sediado em Porto Alegre, RS, a presente Carta de Guia para Cumprimento de Pena, extraída dos autos do Processo de Execução Penal n.º _____, relativo ao Processo _____, referente a _____, filho de _____, nascido em _____, CPF n.º _____ o qual foi condenado à pena de quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão, como incurso no artigo 303, §1º, do Código Penal Militar, c/c o art. 71 do Código Penal Comum, devendo ser observadas as seguintes condições: a) fica desde já fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena; b) fica desde já autorizado o trabalho externo do sentenciado junto ao Quartel da _____, à critério da administração, devendo, fora dos horários de expediente, ser o mesmo recolhido à prisão, ficando a cargo da autoridade militar a fixação e o cumprimento dos horários, bem como a informação a este Juízo de qualquer descumprimento por parte do sentenciado; c) o reeducando poderá ser recolhido em cela individual ou em alojamento, desde que neste tenha a segurança necessária, uma vez que se trata de condenado cumprindo pena; d) as refeições poderão ser realizadas na cela ou no cassino dos oficiais, desde que neste esteja acompanhado pelo oficial de dia; e) as visitas, o banho de sol e a inspeção de material deverão seguir os critérios previstos para os demais presos. Dada e passada nesta cidade de Santa Maria, RS, aos 11 dias do mês de abril do ano de dois mil e dezesseis. Eu, *Bel. Mauro Cesar Maggiorini* ~~Diretor de Secretaria~~, Técnico Judiciário a digitei, e eu *[assinatura]*, Diretor de Secretaria, subscrevi.

Fonte: 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição de Justiça Militar

Antes de prosseguir, cumpre destacar que, apesar da possibilidade de cumprir pena em alojamento, a Autoridade Carcerária comunicou ao apenado que sua pena seria cumprida em uma cela de segurança máxima, por não dispor de alojamento nas condições impostas na determinação judicial. Inconformado, o apenado dirigiu petição àquela Autoridade relatando que tal decisão seria ilegal, pois contrariava as regras do regime semiaberto, além de haver forte jurisprudência sobre o tema, obtendo como resposta que àquela Autoridade não cabia interpretar decisão judicial. Como decorrência, o militar ficou preso em uma cela individual, por 40 dias, isolado, não lhe sendo permitido dispor de qualquer meio de comunicação com o mundo exterior. A única autorização foi a de ler livros, sem material para anotação.

Posteriormente, tal fato foi sanado com a decisão de outro juiz (dados particulares omitidos):



Fonte: 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição de Justiça Militar

Superando a ilegalidade acima apontada, para fins deste trabalho, analisa-se brevemente a primeira determinação judicial. De pronto, identifica-se uma incompatibilidade entre o regime de cumprimento de pena e algumas regras impostas na determinação, como por exemplo, no que se refere à refeição.

Uma vez que a LEP prevê que o cumprimento de pena no regime semiaberto deve ser executado em colônia penal, não é crível que o preso naquela instalação seja acompanhado para refeição, pois, se lá o apenado pode sair para trabalhar ou estudar extramuros, pode perfeitamente ir até o refeitório e voltar. Ademais, refeição na cela é um procedimento próprio do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), aplicado aos criminosos de alta periculosidade. Sobre o regime semiaberto, se pronuncia Mirabete (2002, p.259):

“Os estabelecimentos do regime semiaberto tem configuração arquitetônica mais simples uma vez que as precauções de segurança são menores do que as previstas para as penitenciárias. Funda-se o regime, principalmente, na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu status, em especial o de trabalhar submeter-se a disciplina e não fugir. A prisão semiaberta deve estar subordinada apenas a um mínimo de segurança e vigilância. Nela os

presos devem movimentar se com relativa liberdade. A guarda não deve estar armada e a vigilância deve ser discreta, e o sentido de responsabilidade do preso enfatizado.”

Chama ainda atenção a seguinte regra imposta na primeira determinação: “ficando a cargo da autoridade militar a fixação dos horários e o cumprimento dos horários”. Tal imposição confere demasiado poder discricionário à autoridade carcerária, quando na verdade tais horários deveriam ser previamente fixados para todos como uma norma geral, como, por exemplo, horário do almoço, jantar, banho de sol, silêncio, etc. Tal fato evidencia a falta de um ordenamento uniforme para os estabelecimentos prisionais militares, o que prejudica o conhecimento dos apenados sobre a rotina do estabelecimento prisional, de seus direitos e deveres.

Concluindo, sem esgotar o assunto, vê-se que a execução penal na Justiça Militar, comparativamente à Lei de Execuções Penais, comete ilegalidades e, neste viés, precisa urgentemente alinhar-se aos preceitos contidos naquela lei, sob o risco de cada vez mais ser vista como uma justiça de exceção. Ressalte-se que esta não é a posição do Ministério Público Militar, como bem aponta Assis³⁹:

“O direito executório brasileiro deve ser um só, deve ser o tronco do qual se biparte em direito executório penal militar e direito executório penal comum, ou seja, as legislações devem assemelhar-se em seus princípios básicos, como deve ocorrer em relação ao direito penal brasileiro, bipartido em direito penal comum e direito penal militar. Este, inclusive, é um dos pontos marcantes da Carta de João Pessoa, proclamada pelos Magistrados das Justiças Militares Estaduais e Federal e os Membros do Ministério Público dos Estados e da União, que compareceram ao X Congresso Nacional das Justiças Militares, realizado na Capital da Paraíba entre os dias 02 a 04 de abril de 2009.”

³⁹ Assis. Jorge Cesar. A execução da sentença na Justiça Militar da União. Disponível em <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/execsentjmu.pdf>> Acesso em 28/11/16.

CONCLUSÃO

Nesse estudo foi possível discorrer sobre a importância da LEP para que os condenados, encarcerados, tenham os seus direitos garantidos, já que continuam sujeitos de direitos.

Viu-se, também, que a Lei de Execução Penal percorreu um longo percurso até a sua aprovação no ano de 1984, e a sua relevância se mostra mais nitidamente quanto ao seu propósito, que é a ressocialização do indivíduo. Esta lei é a materialização da compreensão de que as penas de prisão não devem ter unicamente um sentido retributivo, pois não adianta somente castigar o indivíduo, mas sim dar aos encarcerados, condições para que eles possam ser reintegrados à sociedade de maneira efetiva⁴⁰.

A Lei de Execução Penal elenca direitos e deveres, tantos dos presos quanto dos administradores do sistema penitenciário, buscando respeitar, principalmente, o princípio da dignidade humana, assegurando ao reeducando a saúde, educação, respeito, trabalho, remição, assistência, etc. Nesse sentido, o tema em estudo tem um valor tanto ético, como material. Não obstante, os noticiários sobre os encarcerados serem de descaso com os presos, a violência disseminada e a grande quantidade de infratores reincidentes, faz com que a sociedade reclame maiores penas, pois não compreende os mais íntimos intentos da Lei de Execução Penal.

De outra via, interessou-nos estudar a execução penal na Justiça Militar, procurando identificar como ela ocorre, de que forma é executada e quais são os direitos e garantias assegurados. Para tanto, foi necessário adentrarmos no campo do direito militar, para só assim entendermos o funcionamento dessa justiça especializada. Ficou claro que, ao não internalizar os diversos institutos que promovem a isonomia do preso militar com o preso civil, essa justiça se mostra conservadora, desgarrada da evolução natural dos institutos do direito penal.

Verificou-se que o conservadorismo existente nessa justiça é fruto da supremacia de juízes não togados, sem formação acadêmica em ciências jurídicas, e, como consequência, imprimem em seus julgamentos um acentuado juízo de valor

⁴⁰ Neto. M.V.F et al. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301 Acesso em 27/11/16.

ético, em detrimento do juízo técnico. Assim, infere-se que estes juízes preocupam-se, primordialmente, em defender a instituição “Forças Armadas”, ainda que para isto tenham que subtrair ou negar direito aos seus jurisdicionados. Ainda, importante destacar que, diferentemente da Corte, o Ministério Público Militar é integralmente constituído de profissionais com a formação nas ciências jurídicas e, como consequência, naturalmente, mais progressistas no tocante à possibilidade de aproveitar as conquistas jurídicas do direito penal comum no direito castrense.

Quanto à execução penal, propriamente dita, restou demonstrado que ela é fragrantemente penosa para os cidadãos fardados e este rigor é consequência própria do conservadorismo dos juízes sentenciantes ao não acatar, por exemplo, os ditames da lei antidrogas e o princípio da insignificância, fazendo com que o mero deslize se configure crime. Não são poucas as vezes em que um militar é absolvido na primeira instância da Justiça Militar (cujo juízes, titular e substituto, são civis) e se vêem condenados no segundo grau (Superior Tribunal Militar).

Quanto ao local de cumprimento de pena, constatamos que estas são em sua grande maioria cumpridas nos quartéis, já que existe apenas um presídio militar. Portanto, julga-se ser esta uma das maiores deficiências do sistema prisional pois, sendo um local inadequado, não seria possível implementar outros benefícios, como a recreação, visita íntima, etc. Ademais, restou evidenciado os riscos para a segurança do preso, pois é um local sujeito a ataques e invasões.

De todo o exposto, conclui-se também que, em que pese a Lei de Execuções Penais não tenha surtido totalmente os efeitos esperados na justiça comum, no que se refere à execução penal, a justiça militar se encontra em estado de “anomia”, visto que não existe dispositivo legal que regule a forma como os apenados devem ter sua pena executada. Também não há norma que esclareça os direitos e deveres dos presos militares, abrindo grande margem para arbitrariedades no cumprimento da pena. Portanto, já é hora da justiça militar pensar em uma Lei de Execuções Penais na Justiça Militar ou acatar a LEP integralmente.

Assim, comparando a execução na justiça militar com a LEP, verificou-se inúmeras ilegalidades. Algumas fragrantemente absurdas como a do preso no regime semiaberto ter que fazer sua refeição escoltado ou na própria cela, e outras sutis, como a ausência de assistência social. Não podemos negar que existem alguns movimentos no sentido de incorporar a LEP no ordenamento militar, no

entanto, estão limitadas a decisões isoladas que não geram efeitos vinculantes, o que faz com que cada apenado milite arduamente na busca do tratamento igualitário, conforme prescreve nossa Constituição, ao mencionar que todos são iguais perante a lei.

Por fim, conforme os dizeres de Jorge de Assis⁴¹, “existe um vazio no que diz respeito aos estudos sobre a execução da sentença, praticamente inexistentes no nosso meio”. Isso posto, entende-se que este estudo, sem a pretensão de esgotar a matéria, em muito contribuiu para que a sociedade tenha um melhor conhecimento de como a justiça castrense executa as penas impostas a seus jurisdicionados.

⁴¹ Assis. Jorge Cesar. Execução da Sentença na Justiça Militar. Ed. Juruá, 2002.

REFERÊNCIAS

Almeida, Felipe Lima de Almeida. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. Revista Liberdades. nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo02.pdf>. Acesso em 4 de nov. de 2016.

Amaral. Ana Lucia. **Pertencimento**. Disponível em <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Pertencimento>>. Acesso em 26/11/2016.

Assis. Jorge Cesar. **Execução da Sentença na Justiça Militar**. Ed. Juruá, 2002.

_____. **Crime Militar e Crime Comum** – conceitos e diferenças. Disponível em <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/crimemilitarecomum.pdf>>. Acesso em 04 de setembro de 2016>.

_____. **Novas considerações sobre o direito à visita íntima na justiça militar**. Disponível em <<https://jorgecesarassis.jusbrasil.com.br/artigos/121940519/novas-consideracoes-sobre-o-direito-a-visita-intima-na-justica-militar>> Acesso em 27/11/2016.

BANDEIRA. Esmeraldino. **Curso de Direito Penal Militar**. Livraria Francisco Alves. Rio de Janeiro. 1915

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.35

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Código Penal Militar**. decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

_____. **Código de Processo Penal Militar**. decreto lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

_____. **Regulamento Disciplinar do Exército**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.191.

Da execução da pena na Justiça Militar Estadual. Cadernos Jurídicos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, volume 6, nº 3, jul/dez-2004, p.107.

Estrela, Eládio Pacheco. **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena.** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1441>. Acesso em 24/11/2016.

Freitas. Wladimir Passos; **A pouco conhecida Justiça Militar no Brasil.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/segunda-leitura-questionada-conhecida-jutica-militar>>. Acesso em 7 nov. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
LOBÃO, C. **Direito Penal Militar.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro >. Acesso em: 02 de nov. de 2016.

Nery, Maria, **Sociologia Contemporânea.** Curitiba: IESDE, 2007.

Neto. M.V.F et al. **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301. Acesso em 27/11/16.

Neto. Fernandes Benevides. **Crime militar e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4586#_edn1>Acesso em 11/11/2016.

_____. **Direito Militar é esquecido nas reformas processuais.** Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/direito-militar-foi-esquecido-reformas-processuais- hoje-destoa>>. Acesso em 11/11/2016.

Nóbrega. Thalita Barin. **A questão da Justiça Militar.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13304>. Acesso em 12 nov. 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **Justiça Militar no Brasil.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3185, 21 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21339>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

Pedra. Ricardo Moglia. **Justiça Militar da União em evolução: a mais tradicional justiça brasileira e os desafios da atualidade.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1440. Acesso em: 7 nov. 2016.

PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.62.

Revista do Ministério Público Militar, ano XI, n. 14, p. 26-39, 1992.

Ribeiro. Carla Daniele Moraes. **Aplicação do princípio da insignificância.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3#_ftn3>. Acesso em 12/11/16.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância.** Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 1990, v.3, n.1, p.39.