

Aplicação de penas restritivas de direitos na Justiça Militar estadual

Fernando A. N. Galvão da Rocha*

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado Constitucional e Democrático de Direito. 3 Legitimidade e racionalidade do Direito. 4 Paradigma da racionalidade comunicativa. 4.1 Repressão conforme a racionalidade prática (cognitiva instrumental). 4.2 Intervenção punitiva em ambiente de interação social complexa. 5 Concepção de Justiça no estado democrático. 6 Defasagem da legislação penal e processual penal militar. 7 Contextos diferenciados reconhecidos pela Constituição. 8 Legitimidade da aplicação da pena no direito penal militar. 8.1 Princípios da hierarquia e disciplina. 8.2 Punir conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 9 Direito fundamental ao tratamento isonômico. 10 Tendência mundial de substituir as penas privativas de liberdade de curta duração por restritivas de direitos. 11 Transação penal. 12 Substituição da pena privativa de liberdade.

1 Introdução

A aplicação de penas restritivas de direitos na Justiça Militar estadual constitui um tema polêmico, muito embora a doutrina e a jurisprudência dominantes sustentem a sua impossibilidade jurídica no âmbito da Justiça especializada.

Esta questão desafia uma reflexão mais aprofundada dos operadores do Direito tendo em vista a necessidade de promover a contínua contextualização da Justiça Militar com o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Em especial, porque a legislação penal e processual penal militar se tornou anacrônica em relação à legislação comum, o juiz da Justiça especializada militar constantemente é chamado a contextualizar suas decisões com os princípios constitucionais, os postulados da política criminal brasileira e a realidade social na qual sua decisão produzirá efeitos. Por isso, os operadores do direito na Justiça Militar não podem ignorar as novas formas de intervenção repressiva estatal e a política criminal que as instituiu.

Não se pode esquecer que diversos são os contextos de aplicação do Direito Penal Militar, e tal fato desafia a compreensão dos operadores do Direito Militar sobre quais institutos do Direito Penal comum têm aplicação no âmbito da Justiça Militar estadual.

Com o intuito de provocar um oportuno e necessário debate sobre a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos para os crimes militares, compartilho com os leitores as reflexões que se seguem.

2 O Estado Constitucional e Democrático de Direito

A doutrina identifica na passagem do Estado de Direito Legal ao Estado de Direito Constitucional a segunda onda evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que iniciou na segunda metade do século XX com o julgamento do Tribunal de Nuremberg. O julgamento de Nuremberg constitui uma referência marcante dessa evolução porque as condenações criminais nele proferidas reconheceram que os nazistas violaram o Direito, muito embora tenham cumprido fielmente a lei vigente na Alemanha ao tempo dos fatos que lhe foram imputados.

Tal evolução ressaltou a distinção entre a lei e o Direito, para revelar que o Direito não se esgota na lei e que a constitucionalização do Direito instituiu a Constituição como norma jurídica superior que impede a aplicação de normas infraconstitucionais que lhe sejam contrárias.

No contexto de um Estado Constitucional, a noção de validade das normas jurídicas passa a não estar mais restrita a uma análise meramente formal do processo de sua produção, e sim materialmente comprometida em conciliar o conteúdo das disposições normativas com os princípios constitucionais que definem os direitos fundamentais. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo¹, ressaltando a prevalência do Direito conformado na Constituição sobre as disposições legais, esclarecem que:

Precisamente esse 'Direito' que antecede, excede e controla a 'lei' é o que as novas constituições reconhecem sob o rótulo – explícito ou implícito – de valores, princípios, fins ou de direitos humanos, e, conseqüentemente, se delega a Tribunais constitucionais (ou a

* Juiz Civil Corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

¹ GOMES, Luiz Flávio e VIGO, Rodolfo, Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional*, p. 24.

juízes ordinários) a atribuição de zelar para que aquela *higher Law* (lei magna) prevaleça sobre toda a tentativa de violação gerada pelas normas infraconstitucionais.

Por isso, nos dias atuais, não se pode mais conceber a Constituição como um simples programa político que se presta a orientar os poderes do Estado. Sendo a Constituição uma norma hierarquicamente superior às demais, seus valores e princípios determinam a possibilidade de aplicação e a interpretação que se deva dar às normas infraconstitucionais.

Também é oportuno considerar que o Estado Social não conseguiu satisfazer as necessidades populares e suas premissas foram superadas na perspectiva do Estado Democrático. Após a segunda guerra mundial, com o surgimento de novos e complexos problemas sociais, consagra-se a terceira geração dos direitos humanos. Os direitos coletivos, difusos e transindividuais passam a reclamar institucionalização para sua proteção. Nesse contexto, surge o Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito materializa a terceira fase do Estado Moderno e pretende superar as limitações tanto do Estado Liberal de Direito quanto do Estado de Direito Social. Reformulando seu conteúdo, o Estado Democrático pretende realizar as premissas democráticas, as garantias jurídico-legais e atender as preocupações sociais. Esclarece Bolzan de Moraes que o conteúdo do Estado Democrático de Direito ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem (proposto pelo Estado Social) e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública.² Vale observar que, quando o *democrático* qualifica o Estado, irradiam-se os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, conseqüentemente, também sobre a ordem jurídica.

A democracia pode ser entendida como o modelo ideal de conformação da sociedade política, que se estrutura de maneira pluralista e sem preconceitos. No ambiente comunitário, o indivíduo é participativo das decisões comuns, mas encontra condições de desenvolvimento de suas potencialidades particulares. Nesse sentido, Kelsen concebeu a democracia como um caminho para a realização da liberdade, mas advertiu que a noção de democracia, ao tornar-se palavra de ordem obrigatória em qualquer discurso político moderno, sofreria grandes abusos e manipulações, de modo que seu emprego como frase convencional acabou por retirar-lhe o verdadeiro sentido.³ A idéia de democracia, essencialmente, indica que a legitimação do poder se opera pela participação popular. Gomes Canotilho, nesse sentido, esclarece que “só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”. E é a efetiva participação popular, segundo os procedimentos juridicamente regulados, que determina a compreensão da moderna fórmula do Estado Democrático de Direito.⁴ Assim, importa notar que, se o condenado participa da formação da mesma vontade política que legitima a intervenção estatal, não se pode admitir o desrespeito a seus direitos fundamentais.

Concebida a democracia em termos substanciais, o Estado de Direito deve oferecer garantias tanto ao desenvolvimento das liberdades individuais, como aos interesses sociais e vitais de todos, inclusive protegendo as minorias contra os eventuais abusos da maioria organizada.⁵ Sob o aspecto da legitimação, o fundamento político ou externo do moderno Estado de Direito está em sua função de garantia dos direitos humanos fundamentais mediante a possibilidade de anulação dos atos jurídicos inválidos, que se fundamentem em leis que violem normas constitucionais ou violem leis constitucionalmente válidas.⁶

O Estado verdadeiramente democrático encontra sua legitimidade na participação popular em todos os aspectos da vida comunitária. Um procedimento democrático de normatização deve fundamentar a legitimidade do direito positivo.⁷ Mas vale ainda observar que a questão da legitimidade, e em especial do direito penal, não é reduzida ao aspecto procedimental. Como observa Habermas, “o direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito.”⁸ A norma jurídico-penal não pode ser presumida legítima simplesmente pelo fato de integrar o direito positivo. O sistema positivo é frequentemente alterado pelo poder político, muitas vezes motivada por interesses casuísticos, e o que importa considerar é o respeito aos direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos fundamentais são direitos que os cidadãos são obrigados a se atribuir reciprocamente, por serem livres e iguais no ambiente social. Dessa forma, a norma jurídica que autoriza a intervenção punitiva só adquire legitimidade quando orientada pela finalidade protetiva aos direitos humanos fundamentais, pois tais direitos institucionalizam as condições comunicativas para a formação da vontade política racional.

A sociedade brasileira, muito embora não tenha experimentado todas as regras do jogo democrático, “estabeleceu, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um pacto dirigido a um novo modelo de sociedade, fundado no paradigma do Estado Democrático de Direito, onde se delimitaram

² MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p.74-76.

³ KELSEN, Hans. *A democracia*, p. 25.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 100.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 864.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 356.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1, p.191.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p.157-158.

claramente as abstenções dos poderes públicos frente às garantias individuais liberais dos cidadãos, bem como as obrigações de fazer do Estado a fim de satisfazer os direitos sociais de sua população”.⁹

Demonstrando superar a noção de Estado de Direito liberal, a nova ordem constitucional brasileira abriu caminhos para a intervenção estatal na busca da realização da justiça material ao estabelecer prevalente proteção para os bens e interesses sociais.¹⁰ Além da tradicional tutela aos direitos individuais, consagrados em seu art. 5º, a Constituição reservou, como nunca antes o fizera, importância aos bens jurídicos transindividuais. Da análise dos dispositivos constitucionais, pode-se verificar que a noção de democracia acolhida no texto fundamental repercute efeitos nos campos político, jurídico, econômico, social e cultural. Dessa forma, a Constituição cunhou um Estado material de Direito para o Brasil, com pretensão de realizar justiça social (art. 3º, I, da CR/88).

Nesse sentido, *José Afonso da Silva* esclarece que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.¹¹ A Justiça Social, em termos econômicos, há de ser concebida como justiça distributiva, na medida em que promova a repartição das riquezas sociais de modo a conferir aos indivíduos igualdade de acesso aos bens materiais. No que diz respeito à administração da justiça criminal, a idéia de Justiça há de ser corretiva, pois cabe ao juiz corrigir a desigualdade resultante dos diversos conflitos intersubjetivos. Com base na lógica aristotélica, a Justiça é igualdade de proporção entre as pessoas e as coisas, boas ou más, que se lhes atribuem. No que diz respeito à responsabilização criminal, as diferenças de tratamento somente se legitimam quando proporcionais aos aspectos relevantes que diferenciam as condutas individuais.¹² Na aplicação da intervenção repressiva aos militares estaduais, o desafio que se apresenta diz respeito a identificar os aspectos relevantes que possam legitimar a distinção de tratamento conferido em relação aos servidores civis que atuam no mesmo sistema de defesa social.

3 Legitimidade e racionalidade do Direito

Cabe observar que a operação do sistema normativo não se fundamenta na teoria aristotélica da verdade, que busca encontrar correspondência entre determinada assertiva e a realidade material. A operação do sistema normativo é orientada por meio de construção discursiva racional. O discurso jurídico é essencialmente prático e, para satisfazer a pretensão de correção, deve ser fundamentado racionalmente.

Nas ciências naturais a racionalidade se expressa pela verdade de suas proposições. Mas, nas ciências valorativas, como é o caso do Direito, a racionalidade apenas pode conduzir à idéia de correção de suas assertivas. E a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, do prestigiado jurista Robert Alexy¹³, já nos alertou para o fato de que a legitimidade e a correção das decisões judiciais estão intimamente ligadas à racionalidade que confere validade às conclusões obtidas consensualmente.

Para a melhor compreensão da questão que envolve a possibilidade jurídica de aplicação de penas restritivas de direito ou multa na Justiça Militar, é necessário superar as limitações da perspectiva da racionalidade prática para atingir o paradigma da racionalidade comunicativa.

4 Paradigma da racionalidade comunicativa

A reflexão sobre a possibilidade de aplicação de penas alternativas na Justiça Militar estadual deve considerar que a evolução crítica das teorias sociais e, conseqüentemente, das teorias do Direito indicaram a necessidade de mudar o paradigma tradicional da racionalidade que desde os primórdios orientou a reprovação jurídico-penal.

Nesse contexto, a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas ganha especial relevo ao abrir o caminho para a superação da racionalidade prática (cognitiva instrumental).¹⁴ A teoria da ação comunicativa procurou superar as premissas subjetivistas e individualistas da teoria social moderna, de modo a estabelecer outro paradigma para a racionalidade: a racionalidade comunicativa.¹⁵ A racionalidade prática se desenvolve por um sujeito que pensa o mundo a partir de si mesmo. A racionalidade comunicativa, por outro lado, amplia o conceito de razão, que passa a ser uma razão que contém em si as possibilidades de reconciliação consigo mesma por meio da interação entre todos os sujeitos do ambiente social. A razão comunicativa não se desenvolve a partir da relação sujeito-objeto (como ocorre na racionalidade prática ou instrumental), mas de uma relação entre sujeitos capazes de comunicação e ação no ambiente social.¹⁶

⁹ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p. 82.

¹⁰ CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 41-42.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 111.

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, p. 96-98.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 05.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 465-508.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1, p. 19 e segs..

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 507.

Esse novo paradigma de racionalidade pressupõe não somente a possibilidade de interação entre os sujeitos do ambiente social como também a constante revisão crítica sobre suas pretensões de validade.

Nesse sentido, Habermas sustenta que, no ambiente social, a ação comunicativa promove uma interação simbolicamente mediada pela linguagem¹⁷, a qual se orienta segundo normas de vigência obrigatórias que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas pelos participantes da interação.¹⁸ Dessa forma, a racionalidade comunicativa deve se orientar menos pelo conhecimento ou sua aquisição e mais pela forma com que os sujeitos capazes de linguagem e ação fazem uso do conhecimento, de modo que a racionalidade comunicativa desenvolve uma visão menos utilitarista e mais procedimental do Direito.¹⁹

No plano normativo a mudança de paradigma impõe uma transição relevante, que se opera do acordo normativo tradicional para o acordo comunicativo que pressupõe um consenso entre os participantes da interação social.²⁰ A razão prática instituiu uma normatividade imediata que orientou a conduta individual. A razão comunicativa, por sua vez, institui uma normatividade mediata que se sustenta em pretensões de validade sempre passíveis de problematização e que se afirmam por meio dos melhores argumentos que levam a obter um consenso. A superação da racionalidade prática possibilitou a reconstrução do Direito sob o prisma da teoria discursiva e sua racionalidade procedimental. Com base na tensão existente entre a faticidade e a validade das normas jurídicas, o Direito deve constituir-se um meio de integração social, que materializa a vontade discursiva dos cidadãos.²¹

Habermas percebeu que, a partir das sociedades modernas, o Direito perdeu sua vinculação com suas antigas fontes metafísicas e consuetudinárias, de modo que suas pretensões normativas só adquirem validade se forem consideradas legítimas. O problema da legitimidade das normas jurídicas somente se apresentou quando o ordenamento jurídico se desvinculou da religião e da tradição, tornando-se necessário buscar uma fundamentação racional.²² A racionalidade prática fundamentou o Direito na ordem moral, o que chegou a ser inicialmente aceito por Habermas.²³ A perspectiva da racionalidade comunicativa, no entanto, fez perceber a origem simultânea do Direito e da moral (co-originais) de modo a não haver dependência entre as normas de Direito em relação à moral.²⁴ A reconstrução do Direito levado a efeito pela teoria discursiva identifica seu fundamento no consenso obtido por meio do processo discursivo que materializa a autodeterminação de pessoas capazes de se entender, a qualquer momento, como criadoras do Direito a que estão submetidas.²⁵

A reprovação social que o direito penal viabiliza fazer sobre quem pratica um fato punível, portanto, deve ser entendida segundo este novo paradigma da racionalidade comunicativa e da teoria discursiva do direito. Segundo a compreensão procedimentalista da reprovação penal, os pressupostos comunicativos e as condições do processo democrático da reprovação constituem sua única fonte de legitimidade.²⁶

4.1 Repressão conforme a racionalidade prática (cognitiva instrumental)

Conforme observa Habermas, a *modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva* e a atrelou à filosofia solipsista²⁷ de um sujeito que pensa o mundo e a história a partir de si mesmo. As tradições culturais da velha Europa estabeleceram uma ligação direta entre a razão prática e a prática social, de modo que esta última fosse abordada apenas pelo ângulo dos questionamentos normativos. Dessa forma, a razão prática pretendeu orientar o comportamento individual com base em um direito natural que deveria dar conformação normativa a única e correta ordem política e social.²⁸

A lógica desse raciocínio prático-instrumental influenciou a doutrina jurídico-penal militar brasileira a identificar a missão do direito penal militar na preservação dos princípios da hierarquia e disciplina, bem como a prisão como única resposta repressiva que pode conferir efetividade a tal objetivo. O raciocínio

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 498.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 33.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 107.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1, p.142.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 2, p.324-325.

²² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 330.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*, p. 191

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1, p.139-142, e v. 2, p.310-325.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 2, p.309.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 2, p.310.

²⁷ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 367. Esclarece o autor que solipsismo é a crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. O solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, e de não se conseguir encontrar um caminho pelo qual esses estados permitam o conhecimento objetivo de algo para além deles. O "solipsismo do momento presente" estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1, p.17-24.

tradicional desempenha funções sistêmicas conservadoras de uma sociedade formalmente organizada que se pretende distinta da sociedade civil.

Nesse sentido, tornou-se clássica a afirmação de Clemenceau, primeiro ministro que comandou o exército francês durante a primeira grande guerra, no sentido de que, *como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência, e o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência*.²⁹ Esse pensamento, muito próprio às necessidades da guerra, lamentavelmente, costuma ser muito lembrado para orientar a conduta de juízes que hoje atuam em contextos muito diversos daquele para o qual foi concebido. Não se pode conceber que o militar estadual pertença a uma sociedade distinta dos demais cidadãos brasileiros e que, dessa forma, estaria, fora do contexto da comunicação argumentativa que se estabelece no ambiente social. Excluir o militar do contexto de participação popular na conformação do direito a que está submetido significa tratá-lo como verdadeiro *inimigo*, em manifesta violação aos princípios do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Segundo as premissas contemporâneas do *direito penal do inimigo*, se é a norma que atribui ao ser humano a qualidade de pessoa, também pode negar tal atribuição a quem não se deixa coagir a viver num estado de civilidade. Os *inimigos* seriam, a rigor, não-pessoas que constituem fonte de perigo social e para os quais não valem as disposições protetivas do direito dos cidadãos.³⁰ Certamente, as concepções indisfarçavelmente autoritárias do *direito penal do inimigo* são incompatíveis com o Estado Constitucional e Democrático implantado no País com a Carta de 1988. Portanto, não se pode tratar o militar estadual como se fosse uma não-pessoa, um não-cidadão, excluído da tutela protetiva que o Direito confere aos cidadãos. É importante e necessário reconhecer que o militar é um cidadão, muito embora use fardamento militar.

4.2 Intervenção punitiva em ambiente de interação social complexa

As relações sociais não podem ser compreendidas por meio de sistemas harmônicos e bem organizados, mas sim por sistemas dinâmicos, complexos e multifacetários, para os quais a teoria deve elaborar categorias dogmáticas capazes de enfrentar as peculiaridades do caso concreto. Nos dias atuais, mesmo as ciências ditas exatas reconhecem não ser possível prever com precisão absoluta os fenômenos naturais ou econômicos, pois a realidade possui um componente aleatório que não se deixa expressar por sistemas estáticos ou organizados. A pesquisa científica, ao final do século XX, enfrentou a necessidade do trabalho com os sistemas ditos caóticos, os quais, não implicando desordem, estimularam a formulação de uma nova ordem, mais sutil e abrangente.³¹ Nesse contexto, o Direito Penal não pode descansar sobre dogmas que se fundamentam em abstrações estáticas e distantes da realidade. Como o Direito se orienta para atender à finalidade prática de proteger as condições vitais da sociedade, seu conteúdo há de ser infinitamente variável, de modo a adaptar-se às necessidades que se fazem atuais na sociedade em que tem aplicação. Nesse sentido, Ihering chegou a afirmar que:

[...] a idéia de que o direito deve, em princípio, ser o mesmo em todos os lugares não é muito diferente da crença em que o tratamento médico deve ser o mesmo para todos os doentes. Um direito universal para todos os povos e todas as épocas alinha-se a uma receita universal para todos os doentes – é pedra filosofal, eternamente procurada, em busca da qual, na realidade, não os sábios, mas tão-só os tolos podem sair.³²

Na verdade, é forçoso reconhecer que as teorias científicas nunca estarão aptas a explicar com perfeição a realidade. Traduzem apenas o grau de maior aproximação que a ciência conseguiu alcançar em relação à essência dos objetos de sua análise. Todo modelo científico é relativo a determinada manifestação da realidade e, como sistema de interpretação dessa realidade, vai-se delineando aos poucos, amadurecendo e, por fim, declina quando já não consegue interpretar o fluir da realidade. Como a própria noção de verdade, o modelo é provisório, visto que relativo ao momento e à situação da estrutura que interpreta. A precariedade dos modelos é verificada à medida que a realidade se desenvolve em variedade e densidade de manifestações.³³

Para a compreensão de fenômenos complexos, como, em Direito Penal, é a reprovação daquele que comete um crime militar, a ciência tradicionalmente recomenda a identificação dos elementos básicos e a

²⁹ ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito, p. 446

³⁰ JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*, p. 17. Sustenta o autor alemão que “quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito de outras pessoas à segurança.”

³¹ PALIS, Jacob. *Sistemas organizados e sistemas caóticos*, p. 11-13.

³² IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, v. 1, p. 235.

³³ PEGORARO, Olinto Antônio. *Relatividade dos modelos*, p. 61, p. 103-106.

investigação dos mecanismos pelos quais esses elementos interagem. Tal postura, reducionista, adquiriu consagração em nossa cultura. No entanto, se as ciências exatas vivenciam momento de reconsideração de seus métodos e postulados, visando ampliar a percepção do mundo para além das fronteiras estabelecidas pela perspectiva mecanicista, o mesmo deve ocorrer com as ciências sociais. O paradigma criado pela visão cartesiana do mundo, aos poucos, cede lugar às concepções sistêmicas holísticas e a revolução operada pela física moderna certamente influenciará as outras ciências a transporem suas próprias limitações.³⁴ As ciências sociais não podem deixar de acompanhar essa evolução. A pessoa humana, considerada a um só tempo como um *todo*, no sentido de sua individualidade, e também como *parte de um todo* maior e mais complexo, que é a sociedade em que vive, constitui a premissa fundamental dessa nova concepção. Arthur Koestler³⁵ utilizou a palavra *holons* justamente para designar os subsistemas que, simultaneamente, são *todos* e *partes*, enfatizando que cada *holon* apresenta duas tendências opostas: uma integrativa, que direciona a parte ao encontro da harmonia com o todo maior, e outra autoafirmativa, que ressalta a autonomia individual. A intervenção repressiva da Justiça Militar estadual, dessa forma, não pode prescindir da compreensão holística do militar como ser humano, para considerar, ao mesmo tempo, suas características pessoais e experiências no ambiente social, bem como as expectativas que sobre ele a sociedade deposita.

Se justiça é a boa arte de dar a cada um o que é seu, a desigualdade na apenação do militar somente se justifica à medida que corresponda à desigual necessidade de reprovação. Para aplicar pena com justiça, é necessário conceber o fenômeno criminal como inserido em um ambiente de interação social complexa, abandonando simplificações conceituais abstratas, de modo a instrumentalizar uma ciência de resultados práticos por meio de decisões mais ajustadas às reais expectativas sociais. O distanciamento que a dogmática jurídico-formal militar proporciona em relação à realidade social concreta faz que o julgador se anule, mediante uma aplicação *mecânica* do entendimento consolidado nos tribunais, o que permite a continuidade de uma injustiça sistêmica.

Toda intervenção repressiva estatal deve possuir fundamento na interação social. Por isso, deve ser apurada por meio de critérios que possibilitem o processo discursivo e se encontrem em harmonia com as exigências normativas que a comunidade, por sua ordem jurídica, pode legitimamente fazer ao militar, sem, com isso, afetar sua dignidade como pessoa humana.³⁶

5 Concepção de Justiça no Estado democrático

Muitas foram as tentativas dos juristas para estabelecer uma teoria da Justiça. Mesmo diante da falta de consenso sobre os fundamentos da pretendida teoria da justiça, todos concordam que, em sociedade, nada é mais impactante à sensibilidade do ser humano do que a injustiça. O sentimento de injustiça deve ser interpretado como um importante sinal de que é necessário fazer críticas aos paradigmas teóricos e/ou práticos que utilizamos a fim de promover as mudanças necessárias à remoção da situação de injustiça.

Uma teoria da justiça que se fundamente no raciocínio prático, sistematizando apenas as maneiras de identificar a injustiça e reduzir sua incidência, não supre as necessidades de um sistema jurídico que adquire legitimidade na interação comunicativa entre pessoas igualmente livres. É verdade que, mais do que compreender a natureza da justiça perfeita, precisamos entender como resolver os problemas concretos em que se verifique a injustiça. Mas, a justiça não é um dado objetivo da realidade natural, e sim um acordo provisório que é permanentemente construído pela interação comunicativa dos cidadãos.

Em especial no Estado Constitucional e Democrático de Direito a justiça se sustenta em argumentos consensualmente fundamentados, consigo mesmos e com os argumentos diversos, de modo a acomodar as diversas reivindicações em conflito. O acordo que institui a situação justa não pode decorrer da "tolerância desprendida" das pessoas que utilizam a confortável e preguiçosa fórmula de que: "você está certo em sua comunidade e eu estou na minha".³⁷ Mas do reconhecimento de que compartilhamos nossas diversas experiências e tradições no contexto de uma mesma sociedade. Para o tema que estamos examinando, cabe observar que não há uma sociedade militar e outra civil, mas uma única sociedade brasileira. Não pode haver, portanto, uma justiça para os militares e outra para os civis. Devemos nos esforçar para construir uma única noção de justiça democrática que se fundamenta na interação comunicativa de todos os cidadãos e, no particular de nossa preocupação, que considera identidades e peculiares dos servidores militares e civis. Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático, os militares devem participar da interação comunicativa que constrói a justiça e confere legitimidade às

³⁴ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 45. Afirma Capra que a Física moderna pode mostrar às outras ciências que o pensamento científico não tem que ser necessariamente reducionista e mecanicista, e que as concepções holísticas também são cientificamente válidas.

³⁵ *Apud* CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 40.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, p. 19.

³⁷ SEAN, Amartya. *The Idea of the justice*, prefácio, p. x.

respostas jurídicas. Com muita propriedade Amartya Sean observa que a democracia deve ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas pela extensão em que diferentes vozes, de diversas seções da população podem realmente ser ouvidas.³⁸

O reconhecimento de que a sociedade brasileira é plural, por si só, evidencia a necessidade de superar os paradigmas da racionalidade prática e firmar compromisso com a racionalidade comunicativa. Nesses termos, em última análise, a justiça está ligada ao modo como as pessoas levam a vida, e não apenas com a natureza das instituições por elas criadas.

A teoria da Justiça como Equidade como proposta inicialmente John Rawls³⁹, por ser baseada em um racionalismo prático sem lastro na realidade, não resolveu as questões que se apresentaram no ambiente democrático. Por outro lado, a idéia de uma justiça comparativa, como concebida por Amartya Sean⁴⁰, pode constituir uma referência para a nossa reflexão por ser menos idealizada e considerar as escolhas, sempre aproximativas, que de fato a sociedade dispõe.

O diagnóstico da injustiça que se verifica na intervenção punitiva distinta para servidores públicos que integram um mesmo sistema de defesa social deve constituir o ponto de partida para a reflexão sobre a possibilidade de aplicação de penas substitutivas na Justiça Militar estadual. Essa situação de injustiça comparativa não pode ser tolerada pela sociedade e validamente aplicada pelos operadores do direito.

6 Defasagem da legislação penal e processual penal militar

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.

Contudo, é inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das opções político-criminais formuladas pelo Estado brasileiro. Não é possível admitir que os esforços do Poder Público para a melhor compreensão do fenômeno da criminalidade e para o aprimoramento de sua intervenção punitiva deixem de produzir efeitos em relação aos militares estaduais. Por isso, muitos magistrados da Justiça Militar estadual passaram a incorporar em seus julgados os avanços introduzidos na legislação penal e processual aplicada na Justiça comum.

Com base no permissivo do art. 3º do Código de Processo Penal Militar, os juízes da Justiça Militar passaram a determinar a suspensão do processo nos casos de réu revel citado por edital e permitir perguntas das partes no interrogatório. Com as recentes alterações do Processo Penal comum, a oitiva das testemunhas deverá se operar por perguntas diretas das partes e será possível a absolvição sumária. No trato das questões de natureza penal, os juízes passaram a realizar a dosimetria da pena em três fases, a definir o regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a exasperar a pena de um só dos crimes nos casos de crime continuado e, também, a aplicar os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na lei dos Juizados Especiais Criminais, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa.

Cabe observar que, no Estado de Direito Constitucional, a exigência de coerência para as respostas do Poder Público prescinde de previsão legal expressa. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que os julgamentos proferidos na Justiça Militar devem se compatibilizar com a política criminal oficialmente adotada pelo Estado brasileiro e, no caso concreto, a Suprema Corte considerou o disposto na Lei nº 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – para beneficiar um militar usuário de drogas, embora haja previsão expressa para tal conduta no art. 290 do Código Penal Militar.⁴¹

A criminalização das condutas que envolvem drogas na Justiça Militar constitui um exemplo marcante da esquizofrenia jurídica que se instalou pelo descaso do legislador com a atualização das normas do Direito Penal Militar. Nos termos do CPM ao usuário de drogas é cominada pena privativa de liberdade, enquanto que na legislação utilizada na Justiça comum não. Segundo o estatuto repressivo militar, a pena máxima cominada ao traficante que pratica o crime em local sujeito à administração militar é igual à pena mínima cominada pela legislação comum ao traficante que realiza a conduta em local não sujeito à administração militar. Isso faz com que o uso de drogas caracterize um crime militar mais grave do que a mesma conduta ao caracterizar um crime comum e que o traficante seja estimulado a realizar o tráfico em local sujeito à administração militar, pois a repressão estatal será significativamente menor.

³⁸ SEAN, Amartya. *The Idea of the justice*, prefacio, p. xiii.

³⁹ RAWLS, John. *Justiça e democracia*, p. 201-241. No artigo *A teoria da justiça como equidade: uma teoria política e não metafísica*, Rawls recua de sua pretensão de obter unanimidade para princípios de justiça universalmente aplicados, manifestada em *Uma teoria da justiça*, para submeter à crítica seu conceito estrito de racionalidade.

⁴⁰ SEAN, Amartya. *The Idea of the justice*. Leia-se, em especial, os capítulos 15 a 18, que tratam da racionalidade pública e democracia.

⁴¹ Decisão proferida nos autos do HC 92961/SP.

Nesse universo jurídico desarmônico, desproporcional e certamente injusto, a atuação corretiva do juiz especializado ganha especial relevo. O magistrado materializa as respostas oficiais que o Poder Público oferece aos conflitos sociais e deve preservar a racionalidade e coerência do sistema normativo que aplica. Para se desincumbir deste mister, o juiz deve orientar a sua análise pelos princípios constitucionais aplicáveis aos casos concretos e às peculiaridades dos diversos contextos de aplicação do Direito Militar.

7 Contextos diferenciados reconhecidos pela Constituição

Para a melhor compreensão da possibilidade jurídica da aplicação de penas restritivas de direitos na Justiça Militar também é necessário considerar a existência de contextos diferenciados nos quais o Direito Militar tem aplicação.

Inicialmente, cabe observar as repercussões da competência criminal diferenciada que foi conferida pela Constituição da República às Justiças Militares. A Competência da Justiça Militar da União é definida exclusivamente em razão da matéria, já que o art. 124 da CR determina que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Dessa forma, compete à Justiça Militar o julgamento dos crimes militares, sejam estes praticados por militares ou civis.

Já a competência criminal da Justiça Militar estadual é definida em razão da matéria e também da pessoa que comete o crime. Conforme expressa previsão constitucional, constante do art. 125, § 4º, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei. Assim, à Justiça Militar estadual compete o julgamento dos crimes militares definidos em lei, mas apenas quando praticados por militares estaduais (policiais ou bombeiros militares). A competência conferida à Justiça Militar estadual é mais restrita do que a que foi conferida à Justiça Militar federal, já que não abrange os crimes militares praticados por militares da União e os praticados por civis.

O tratamento constitucional diferenciado produz repercussões na caracterização dos crimes e indica que, nas questões afetas às instituições militares estaduais, o civil deve ser julgado conforme o disposto na legislação repressiva comum e não conforme os termos da legislação militar. A obrigatoriedade da separação dos processos imposta pela CR só se justifica pela impossibilidade jurídica de que o civil seja responsabilizado conforme os termos da lei militar. Se a intenção do constituinte fosse que o civil devesse ser julgado conforme a lei militar, a obrigatória separação dos processos somente traria uma dificuldade inútil à prestação jurisdicional. Mais racional seria preservar a unidade dos processos para que o civil fosse julgado juntamente com o militar, na Justiça Militar estadual, como acontece nos crimes da competência da Justiça Militar da União. A obrigatoriedade da separação dos processos e a incompetência da Justiça comum para o julgamento de crimes militares indicam que o civil envolvido em questões relacionadas às instituições militares estaduais somente pode ser julgado conforme o disposto na legislação repressiva comum.

Dessa forma, caso um civil desacate um militar do Exército, durante uma operação militar para a manutenção da ordem pública, deverá ser julgado perante a Justiça Militar federal. O fato, em tese, caracteriza um crime militar, previsto no art. 299 do CPM, e a Justiça Militar federal tem competência para julgar o civil.

Por outro lado, se um civil desacatar um policial militar, durante uma operação de policiamento ostensivo, deverá ser julgado na Justiça comum estadual, por crime comum. Não se aplica ao exemplo o art. 9º, inciso III, alínea *d*, do CPM porque a Constituição da República não permite que a Justiça Militar estadual julgue civis e tampouco que a Justiça comum julgue crimes militares.

O tratamento constitucional diferenciado ainda produz repercussões no que diz respeito à aplicação da regra da comunicabilidade das circunstâncias típicas elementares, prevista no § 1º do art. 53 do CPM. Como a Justiça Militar da União é competente para o julgamento de crimes militares praticados por militares e civis, pode se caracterizar o concurso de pessoas entre um militar da União e um civil para a prática de um crime militar. A característica pessoal exigida pelo tipo que apenas um dos participantes ostenta (ser militar) se comunica ao outro para que, nos termos da teoria monista ou unitária, ambos respondam pelo mesmo crime.

Na Justiça Militar estadual, entretanto, a questão não apresenta a mesma solução. Como a Justiça Militar estadual não julga civis, a regra do § 1º do art. 53 do CPM não tem aplicação para fazer comunicar a condição de militar de um dos participantes aos demais. Dessa forma, não é possível caracterizar juridicamente um concurso de pessoas. Havendo concorrência entre um militar estadual e um civil para a realização de um fato considerado como crime militar impróprio, o processo e julgamento do fato deverão ser obrigatoriamente separados, de modo que o militar seja julgado na Justiça Militar, por crime militar, e o civil na Justiça comum, por crime previsto na legislação comum.

Na hipótese em que se verificar concorrência entre um militar estadual e um civil para a realização de um fato previsto como crime propriamente militar, o raciocínio desenvolvido leva a concluir que a conduta do civil será atípica, por não haver correspondente incriminação na legislação repressiva comum e ele não poder responder a processo na Justiça comum pela prática de crime militar.

Ainda no que diz respeito às distinções existentes entre o âmbito de atuação das Justiças Militares, cabe observar que os jurisdicionados militares podem pertencer a instituições que cumprem missões

distintas. Como a missão constitucionalmente atribuída às instituições militares da União e dos Estados é diversa, distinta também deve ser a análise que o Poder Judiciário faz sobre os contextos de aplicação do Direito Militar. Certamente, a lógica da preservação da soberania do Estado brasileiro e da integridade do território nacional não é a mesma que orienta a intervenção estatal nos conflitos que se verificam internamente, entre cidadãos brasileiros.

A Constituição da República ainda faz distinção entre os crimes militares próprios e impróprios ao dispensar o flagrante, bem como a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, apenas para os crimes militares próprios, no inciso LXI de seu art. 5º.

Também não se pode esquecer que a Constituição da República e o próprio Código Penal Militar fazem distinção entre os crimes militares praticados em tempo de paz e os praticados em tempo de guerra. Tal distinção evidencia que a intervenção judicial repressiva em tempos de paz não pode obedecer a mesma lógica que orienta tal intervenção em tempos de guerra, de modo que o Poder Judiciário também neste aspecto deve fazer considerações diferenciadas.

Esta breve reflexão permite reconhecer que a interpretação judicial sobre os crimes militares deve levar em consideração todos estes aspectos peculiares para oferecer a resposta estatal mais adequada aos casos concretos submetidos a julgamento. Não se pode trabalhar com simplificações que massificam a operação do Direito Militar, como se o seu contexto de aplicação fosse único.

8. Legitimidade da aplicação da pena no direito penal militar

A legitimidade da repressão jurídico-penal é, sem dúvidas, o aspecto mais importante do contexto de aceitação pela sociedade da dominação estatal. A legitimação social para a intervenção repressiva é sempre heteropoiética, ou seja, adquirida fora do sistema normativo, de modo a conciliar a atividade repressiva estatal com os anseios da sociedade. Desse modo, a pena só adquire legitimação externa quando responde satisfatoriamente às perguntas sobre o *por que* e o *para que* se aplica a pena. Em relação ao tema ora em exame, destaca-se a questão fundamental de saber *para que* se aplica a pena privativa de liberdade na Justiça Militar estadual.

Tradicionalmente, se aceita que a punição de determinada conduta constitui contra-estímulo à sua prática. Um ordenamento jurídico que não possa aplicar sanções a quem viole suas disposições teria poucas chances de realizar a sua planificação.

Contudo, deve-se notar que o problema da legitimidade da pena não se identifica com o problema geral da coação jurídica. A investigação que ora nos interessa enfrentar diz respeito exatamente a saber *por que* e *para que* o Direito Penal Militar impediria a substituição da pena privativa de liberdade de curta duração pela pena restritiva de direitos ou pela multa.

Uma resposta colhida em lugar comum justifica o impedimento na vocação da Justiça Militar para assegurar obediência aos princípios da *hierarquia* e *disciplina* dos militares. Segundo muitos sustentam, a pena privativa de liberdade seria aplicada ao condenado para preservar a *hierarquia* e a *disciplina* das instituições militares. Nada mais equivocado.

8.1 Princípios da hierarquia e disciplina

O art. 142 da Constituição da República estabelece que os princípios da *hierarquia* e *disciplina* são pilares organizacionais das instituições militares. O dispositivo constitucional é claro no sentido de dirigir seu comando ao Poder Executivo e não ao Poder Judiciário. A *hierarquia* e a *disciplina* constituem meios operacionais de realização dos fins que Constituição estabelece para as instituições militares que integram o Poder Executivo. Nos termos do citado art. 142, constituem fins das instituições militares da União a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, bem como a garantia da lei e da ordem. Por outro lado, constituem fins das instituições militares estaduais, nos termos do art. 144 da carta constitucional, a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas, no contexto do direito fundamental à segurança pública.

Portanto, nem mesmo para as instituições militares a *hierarquia* e a *disciplina* constituem fins em si mesmos. Constituem apenas meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas referidas instituições para o atendimento de suas missões constitucionais. Portanto, não podem os juizes da Justiça Militar, que ressaltam sua integração ao Poder Judiciário a partir de 1934, transformar os princípios administrativos organizacionais das instituições militares aplicáveis ao Poder Executivo em missão institucional da justiça especializada que é parte integrante do Poder Judiciário.

Cabe ao Poder Judiciário, seja no âmbito de sua Justiça comum ou especializada, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, que estão expressos na Constituição e nas leis. Pensar que o Judiciário, no âmbito da Justiça Militar estadual, trabalha para preservar a *hierarquia* e a *disciplina* é transformar seus

juízes em assessores do corregedor de Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar. Por outro lado, sugere a idéia de que os comandantes militares são incapazes de manter a disciplina da tropa, o que também não é verdade. Apenas secundariamente a aplicação da pena repercute efeitos na preservação dos princípios da *hierarquia* e *disciplina*, como valores éticos e organizacionais peculiares às instituições militares. A aplicação de qualquer pena visa desestimular a ocorrência de crimes, sejam estes ofensivos a administração militar ou não.

Sustentar que o direito penal militar e a justiça militar se prestam a assegurar a *hierarquia* e *disciplina* ainda revela pouca compreensão sobre a legislação penal militar. O Código Penal Militar só tem como bens jurídicos a *hierarquia* e a *disciplina* em alguns dos crimes propriamente militares e, por isso, não se pode restringir a lógica da tutela penal militar à proteção destes bens.

8.2 Punir conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

O Código Penal comum esclarece, de maneira expressa, quais são os fins perseguidos pela aplicação da pena. Em seu art. 59, o estatuto utilizado na Justiça comum dispõe que o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O Código Penal Militar não contém dispositivo que trate dos fins da pena, mas isto não significa que a aplicação da pena na Justiça Militar possa buscar realizar objetivos diversos dos perseguidos pelo Código Penal Comum.

É necessário compreender o ordenamento jurídico como um sistema, cujas características fundamentais são a ordenação e a unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interna do ordenamento jurídico são condições inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada pela multiplicidade de valorações singulares e desconexas. Conceber a ordem jurídica como sistema é consequência natural dos mais elevados valores do Direito, como os princípios de justiça e igualdade, em sua atuação generalizante. Certamente, a realização desses princípios exige que o Direito se apresente adequadamente ordenado, tendo a Constituição como única diretriz do sistema de articulação de princípios fundamentais.

O Direito Penal Militar, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição. A ideologia acolhida pela Constituição condiciona a atividade repressiva estatal, fixando com precisão seus limites e objetivos, de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *ius puniendi*. A força normativa da Constituição regula, em forma e conteúdo, a produção normativa infraconstitucional e os limites de atuação dos operadores do Direito. Como ponto central do sistema jurídico em vigor, a Constituição define os contornos da teoria que a sociedade espera venha regular a responsabilidade criminal e a aplicação da pena. A antiga questão do sentido e dos fins da pena, contextualizada nos princípios fundamentais do Estado Constitucional, deixa de ser um simples exercício filosófico para transformar-se em problema fundamental de legitimação do próprio Estado.

Por isso, a operação do Direito Penal Militar deve subordinar-se aos princípios fundamentais que emanam da carta constitucional. A única leitura que o intérprete pode fazer da legislação repressiva militar é aquela que parte do texto fundamental para apurar o sentido das disposições infraconstitucionais. Dessa forma, pode-se dizer que a Carta Magna define as bases de um modelo constitucional para a intervenção repressiva (responsabilização e aplicação da pena), o que implica a releitura das disposições legais para adequar-lhes ao sentido axiológico constitucional.

No Estado Constitucional e Democrático de Direito, que foi estabelecido pela Constituição da República de 1988, não há espaços para um direito penal de índole meramente retributiva. O castigo imposto pelo Direito Penal não constitui um fim em si, mas meio para a realização dos fins constitucionalmente assinalados ao Estado.

Com muita felicidade, João Marcelo de Araújo Júnior esclarece que

...hoje a concepção teórica do Direito Penal mudou. Às vésperas do terceiro milênio, o Direito Penal não tem mais por finalidade fazer justiça, compensando a culpa com a pena. Essa idéia de compensação entre culpa e pena é indemonstrável e possui caráter meramente metafísico. O Direito Penal de um Estado Democrático, laico, não se vincula a finalidades teleológicas ou metafísicas, mas sim destina-se a fazer funcionar a sociedade... O Direito Penal moderno repeliu a idéia de retribuição e adotou um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva. Abandonou a idéia de que o autor precisa sofrer para emendar-se (as idéias de arrependimento e emenda são secundárias). Hoje, a missão do Direito Penal não é mais causar sofrimento, mas sim reforçar no âmbito da cidadania a idéia de vigência, utilidade e importância, para a convivência social, da norma violada pelo criminoso.⁴²

Portanto, a aplicação da pena na Justiça Militar também se condiciona pelos critérios do necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Constituindo manifesto abuso de direito a imposição de uma pena desnecessária ou mais rigorosa do que o suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

⁴² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Societas delinquere potest*, p. 94.

Se, no caso concreto, a pena restritiva de direitos ou a pena de multa forem necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime será inconstitucional e ilegítima a aplicação da pena privativa de liberdade.

9. Direito fundamental ao tratamento isonômico

No âmbito da Justiça Militar estadual é necessário considerar a observância ao princípio constitucional da igualdade, já que as instituições militares estaduais integram um sistema de defesa social do qual também participam instituições civis.

Como deixa claro o art. 144 da Constituição da República, a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar e a Polícia Civil são instituições públicas encarregadas de prestar serviços inerentes ao direito fundamental do cidadão à segurança pública e integram o mesmo sistema de defesa social.

Em se tratando de combate à criminalidade, nos termos da planificação constitucional, as polícias militares e civis estaduais exercem atividades complementares. Formalmente, cabe à polícia militar realizar as atividades de policiamento preventivo (ostensivo) e a polícia civil as atividades investigativas de polícia judiciária (repressiva). Em regra, os policiais militares recebem as primeiras notícias sobre os fatos de interesse penal e, tomadas as medidas mais urgentes, repassam tais informações à polícia civil para o prosseguimento das providências a cargo do poder público.

A complementariedade das atividades que convergem para a realização dos mesmos objetivos de proteção do cidadão já demonstra a necessidade de tratamento isonômico em relação a todos os agentes públicos envolvidos. A necessidade de tratamento igualitário fica ainda mais evidente quando se percebe que, na prática, o plano constitucional não é observado e cada uma das instituições policiais também realiza atividades que são típicas da outra.

Em muitas situações concretas, as instituições encarregadas da defesa social atuam em conjunto e o militar estadual exerce atividades com policiais e outros servidores civis. No que diz respeito aos aspectos comuns da atividade de garantia do direito fundamental do cidadão à segurança pública, os agentes de todas as instituições devem merecer o mesmo tratamento.

Os aspectos práticos desta premissa podem ser ressaltados na seguinte indagação relacionada ao tema em exame: se houvesse um policial civil atuando conjuntamente com um policial militar, no caso concreto, haveria razões para permitir a aplicação da pena restritiva de direitos em benefício do policial civil e não permitir que o militar tivesse o mesmo tratamento? A condição de militar constitui causa idônea que possa legitimar uma resposta repressiva diferenciada do Poder Público? A resposta, certamente, é negativa.

A professora Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴³, que hoje empresta seu brilho ao Supremo Tribunal Federal, já afirmou que viola o princípio da igualdade material conceder determinadas vantagens apenas para algumas categorias de profissionais do serviço público, enquanto outros, que desempenham suas atividades em iguais condições e com as mesmas propostas de trabalho, ficam afastados do gozo de iguais direitos. A lição foi formulada para criticar o regime jurídico dos servidores. No entanto, é inteiramente aplicável ao tema da aplicação das penas restritivas de direitos, pois o raciocínio expressa a atuação do princípio da isonomia que está consagrado no *caput* do art. 5º da Carta Constitucional.

Denílson Feitosa⁴⁴, por sua vez, tratando especificamente da exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e culposas na Justiça Militar, inicia sua reflexão indagando se “poderia a Lei nº 9.099/95 tratar diferentemente o réu do processo penal militar relativamente ao réu do processo penal comum?” Em seguida, estabelece a seguinte premissa: “do ponto de vista do princípio constitucional da igualdade, é necessário se determinar o elemento diferencial entre o réu do processo penal comum e o réu do processo penal militar que justifique o tratamento desigual entre eles.” Certamente, o fato de ser militar, por si só, não autoriza distinção de tratamento.

Não havendo elemento diferencial que, de maneira idônea, possa justificar o tratamento diferenciado conferido aos militares estaduais tal tratamento deve ser reconhecido como inconstitucional, por violar o princípio da isonomia.

10 Tendência mundial de substituir as penas privativas de liberdade de curta duração por restritivas de direitos

A resposta jurídico-penal ao crime não pode ser entendida nos parâmetros de uma causalidade naturalista, mas sim no contexto da planificação normativa que concebe a pena como um *dever ser* que atende a determinados objetivos que se conciliam com a realidade do condenado e o ambiente social no qual está inserido. Na verdade, a pena é muito mais do que uma simples consequência jurídica do crime;

⁴³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, p. 99.

⁴⁴ PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal*, p. 246.

atinge o homem em sua totalidade, sua honra, seu patrimônio, sua liberdade e suas futuras oportunidades no seio social.

Sem dúvida, a imposição da pena privativa de liberdade é a mais grave sanção que o ordenamento jurídico autoriza ao Estado, em suas relações com os indivíduos. As conseqüências da privação da liberdade individual, por período de tempo determinado, vão além da intervenção na liberdade ambulatoria para atingir de maneira nociva a relação deste indivíduo com sua família e com o corpo social. Não é possível desconsiderar os efeitos que a privação da liberdade produz sobre a vida futura do apenado em sociedade.

Também não se pode ignorar a longa experiência da humanidade com a aplicação da pena privativa de liberdade e a tendência mundial de sua imposição apenas aos casos de estrita necessidade. Hoje há consenso na comunidade internacional no sentido de que a pena privativa de liberdade de curta duração deva ser substituída por outras espécies de penas. Nesse sentido, a Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que foi adotada na 68ª Sessão Plenária, realizada em 4 de dezembro de 1990, e trata das regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade, também conhecida como Regras de Tóquio, expressa a convicção dos povos civilizados de que as penas substitutivas da prisão podem constituir meio eficaz de tratar os condenados no seio da coletividade.

A referida Resolução das Nações Unidas contém algumas regras que merecem destaque, como os itens 1.5 e 2.2 os quais peço vênia para transcrever:

1.5 Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão, e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinqüente.

...

2.2 As Regras de Tóquio devem ser aplicadas sem qualquer discriminação, que seja de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou qualquer outra condição.

A convicção que a Resolução das Nações Unidas expressa é clara no sentido de que a pena privativa de liberdade fracassou em seus objetivos sociais e deve ser utilizada apenas nos casos de maior gravidade. Como ressaltou o Ministro Evandro Lins e Silva⁴⁵, a pena privativa de liberdade

...perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é imprescindível.

Comentando as disposições da Regras de Tóquio, Damásio Evangelista de Jesus⁴⁶ afirma que

É, pois, crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal... a pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault denominou "punição generalizada" (Vigiar e punir, Petrópolis, Vozes, trad. de Ligia M. Ponde, p. 69) só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade.

Diante da constatação de que a pena privativa de liberdade, em especial a pena de curta duração, não atende aos objetivos socialmente esperados, por que razão a Justiça Militar não poderia conciliar sua operação com a política criminal adotada pelo Estado brasileiro, em especial em relação aos condenados pela prática de crimes impropriamente militares ?

Desta forma, pode-se concluir que impedir a substituição da pena privativa de liberdade não só ofende a Constituição da República como também desatende ao compromisso firmado pelo Brasil com a comunidade internacional para a racionalização de seu direito repressivo e o tratamento digno dos condenados.

11. Transação Penal

⁴⁵ LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramática*, p. 33 e 34.

⁴⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Regras de Tóquio*, p. 38

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inaplicabilidade dos benefícios da Lei nº 9.099/95 aos militares, após a Lei nº 9.839/99 ter nela inserido o art. 90-A para afirmar que suas disposições não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.⁴⁷ Os Tribunais de Justiça Militar dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul comungam do entendimento e também decidem pela inaplicabilidade da Lei nº 9.099 aos militares estaduais.

Realmente, a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099, aos processos relativos aos crimes militares encontra o obstáculo formal do art. 90-A da referida lei.

Apesar da formal restrição constante da lei, todos os juízes de primeiro grau da Justiça Militar mineira aplicam os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, entendendo que materialmente a restrição imposta pela Lei nº 9.839 somente se aplica no âmbito da Justiça Militar da União. O entendimento dos juízes mineiros, de maneira muito pertinente, ressalta a distinção existente entre o contexto de aplicação do Direito Militar para os militares da União e para os militares dos Estados.

A iniciativa dos juízes de primeiro grau da Justiça Militar mineira revela coragem e independência, já que contrariou o entendimento então dominante no Tribunal de Justiça Militar sobre o assunto e acabou por estabelecer situação de fato que amenizou os efeitos nocivos de uma legislação que inobserva a necessária harmonia do sistema normativo. A consolidação da situação fática fez com que o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais tivesse que decidir se é possível ao beneficiário se arrepender da manifestação que aceitou a transação penal. E, nessa oportunidade, a Câmara Criminal firmou jurisprudência no sentido de que “a transação penal é instituto que tem lugar no devido processo legal consensual, instituído pela Lei nº 9.099/95, possibilitando a aplicação de ‘pena restritiva de direitos ou multa’ que são previstas no Código Penal, por meio de decisão condenatória que transita em julgado formal e materialmente.”⁴⁸

Tal postura dos magistrados mineiros se concilia perfeitamente com o Estado Constitucional e Democrático de Direito. As decisões corajosamente proferidas pelos juízes de primeiro grau da Justiça Militar mineira a colocaram em posição de vanguarda no âmbito das Justiças Militares do país, na medida em que confere tratamento isonômico entre os militares estaduais e os demais servidores civis, em questões que não justificam qualquer distinção. O acerto da posição se evidencia nos casos em que um policial militar pratica crime militar impróprio, cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a dois anos, conjuntamente com um policial civil. Qual argumento racional poderia justificar que o policial civil fosse beneficiado com a transação penal e o policial militar não? Entendo que não existe tal argumento, devendo ambos os agentes públicos encarregados de prestar serviços inerentes à garantia do direito do cidadão à segurança pública receber igual tratamento repressivo.

No contexto em que se insere a atividade dos militares estaduais, não aplicar os institutos penais previstos na Lei nº 9.099/95 viola o princípio constitucional da isonomia. No aspecto específico da possibilidade da aplicação do instituto da transação penal (e também da suspensão condicional do processo), a condição de militar estadual não constitui elemento diferencial que justifique tratamento desigual em relação aos servidores civis.

A condição de militar e a violação aos deveres que são inerentes às suas funções já foram devidamente considerados pelo legislador para o estabelecimento da cominação da pena reservada ao crime militar. Se a pena cominada ao crime militar é compatível com a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não se pode impedir a concessão do benefício pelo simples fato de se tratar de militar. A condição de militar impõe suportar alguns ônus que são inerentes às especificidades de suas funções, mas não reduzem os direitos fundamentais do cidadão que ostenta tal qualidade.

12. Substituição da pena privativa de liberdade

A Suprema Corte também já se manifestou no sentido de que a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, instituída pela Lei nº 9.714/98, não se aplica aos crimes militares.⁴⁹ Este também é o entendimento do Superior Tribunal Militar.⁵⁰ Na doutrina, Jorge Cesar de Assis⁵¹ entende que a substituição somente é cabível na condenação de civis proferida pela Justiça Militar da União.

Com a devida vênia, entendo que a questão ainda não foi bem compreendida.

A jurisprudência do STM tem entendido que não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, pois a legislação penal militar não contempla tal instituto, em razão da especialidade e autonomia do Direito Penal Militar, bem como, pela incompatibilidade da substituição com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar.

⁴⁷ HC 80.173.

⁴⁸ HC nº 1.555.

⁴⁹ HC 86079 e RE 273.900-6.

⁵⁰ Ap. 2004.01.049688-2 SP.

⁵¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito militar*, p. 93.

Entretanto, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa não pode ser compreendida sob a mesma ótica da questão que envolve a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95. O art. 90-A da Lei dos Juizados Especiais Criminais dispõe expressamente que apenas os benefícios instituídos na referida lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. A questão da inconstitucionalidade da restrição agora não se apresenta, pois esta não se refere à substituição da pena privativa de liberdade aplicada em decisão de mérito sobre a pretensão punitiva. Certamente, a questão que ora desafia a nossa compreensão é outra.

Não se pode olvidar que há previsão legal expressa para a aplicação dos dispositivos legais que viabilizam a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa na Justiça Militar. O permissivo legal para tanto (se fosse necessário um, diante da ordem constitucional) é o art. 12 do Código Penal comum, que determina a aplicação das regras contidas em sua parte geral aos fatos incriminados por leis especiais, salvo disposição expressa em contrário. E não há na legislação penal militar nenhum dispositivo expresso vedando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa.

Como já foi ressaltado, a condição de militar e a violação aos deveres inerentes às suas funções, por si só, não constituem causa idônea para o tratamento diferenciado. Em especial, quando se tratar de substituição de pena imposta a militar estadual pela prática de crime em conjunto com policial civil, deve-se considerar a possibilidade concreta da substituição. Novamente, recorrendo ao exercício da comparação, pergunto: qual argumento racional poderia justificar que o policial civil fosse beneficiado com substituição da pena privativa de liberdade e o policial militar não? Entendo que não existe tal argumento, devendo ambos os agentes públicos encarregados de prestar serviços inerentes à garantia do direito do cidadão à segurança pública receber igual tratamento repressivo.

Mesmo em se tratando de casos submetidos a julgamento perante a Justiça Militar da União, penso que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. O permissivo legal para tanto (se fosse necessário um, diante da ordem constitucional) é o art. 12 do CP comum, que determina a aplicação das regras contidas em sua parte geral aos fatos incriminados por leis especiais, salvo disposição expressa em contrário. E, repita-se, não há na legislação penal militar nenhum dispositivo expresso vedando a substituição da pena privativa de liberdade aplicada em decisão de mérito da pretensão punitiva por restritiva de direitos.

Cabe lembrar que a Justiça Militar vem incorporando em seus julgados muitos dos avanços produzidos no âmbito do Direito Penal comum. Um exemplo marcante disso é a aplicação das regras previstas na legislação comum para o crime continuado. Tratando-se de "continuidade delitiva, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar é pacífica no sentido de se aplicar, subsidiariamente, ao art. 80 do CPM, a regra do art. 71, do CPB, por ser esta mais benéfica ao condenado."⁵² Ora, se o crime militar continuado pode ser tratado como dispõe o CP comum, não vejo impedimento jurídico para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos casos previstos em lei. Vale ainda observar que a Lei nº 9.714/98, que alterou o Código Penal para instituir o sistema de penas substitutivas em vigor não fez qualquer restrição aos efeitos do art. 12 do referido diploma repressivo.

A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos ou multa, contudo, não pode ser entendida como direito subjetivo de todo e qualquer condenado. Mas, sim, medida que se mostra adequada conforme as peculiaridades do caso concreto. O juiz do caso concreto, dependendo de suas peculiaridades, saberá se a substituição é medida necessária e suficiente para os fins de reprová-lo e prevenir o crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificção jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Societas delinquere potest – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Brasília: Ednub, 1992.
- ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*, Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 4ª ed., s/d..
- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1993.
- CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵² STM - Proc. nº 2002.01.049201-1 PE.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre o estado actual da doutrina do crime – sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade*. In *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

GOMES, Luiz Flávio e VIGO, Rodolfo, Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I - Racionalidad de La acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987.

_____. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelon: Planeta-Agostini, 1994.

_____. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, vol. 1, 1979.

JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Regras de Tóquio – comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade*. São Paulo: Paloma, 1998.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: trad. Ivone Castilho Benedetti et al. Martins Fontes, 1993.

LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramática*. In *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2008.

PALIS, Jacob. *Sistemas organizados e sistemas caóticos*. . In *Caos, acaso e determinismo*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

PEGORARO, Olinto Antônio. *Relatividade dos modelos*. Rio de Janeiro: Vozes, 1979.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito. in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 853, p. 442-483, nov. 2006.

SEAN, Amartya. *The Idea of the justice*. Cambridge: Harvard University Press: 2009.