

CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES  
VINICIUS YSCANDAR DE CARVALHO

MANUAL  
DE **DIREITO**

**PROCESSUAL**  
**PENAL MILITAR** *volume*  
*único*

**8<sup>a</sup>**  
**edição**

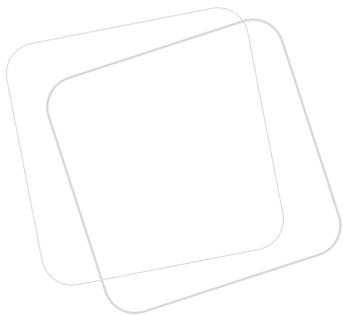
revista  
atualizada  
ampliada

2025



EDITORA  
*Jus*PODIVM

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



# INTRODUÇÃO À JUSTIÇA MILITAR E AO PROCESSO PENAL MILITAR

**Sumário:** **1.1.** Origens da Justiça Militar – **1.2.** Justiça e Direito Militar no Brasil: o berço do Código de Processo Penal Militar – **1.3.** A importância da especialização – **1.4.** Submissão da “força” aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais – **1.5.** Processo penal militar constitucional e princípio da isonomia – **1.6.** Um panorama da Justiça Militar no Mundo – 1.6.1. Itália – 1.6.2. Espanha – 1.6.3. França – 1.6.4. Portugal – 1.6.5. Estados Unidos da América (EUA) – 1.6.6. América Latina – 1.7. Competência e organização da Justiça Militar – 1.7.1. Justiça Militar da União (JMU) em tempo de paz – 1.7.2. Justiça Militar da União (JMU) em tempo de guerra – 1.7.2. Justiça Militar dos Estados (JME) – **1.8.** A competência monocrática e a competência colegiada – 1.8.1. O julgamento monocrático de civis pela Justiça Militar da União (Lei n. 13.774/18) – 1.8.2. O julgamento colegiado de ex-militares (princípios do juiz natural e da segurança jurídica).

## 1.1. ORIGENS DA JUSTIÇA MILITAR

---

Uma análise hodierna do Sistema de Justiça Criminal pode levar à errônea conclusão de acessoriedade do sistema repressor militar em relação ao comum, ou mesmo de dependência. A primazia acadêmica<sup>1</sup> e legislativa<sup>2</sup> que se dá ao Direito Penal comum, em detrimento do ramo especializado, reforça essa tônica. Um exemplo desse fenômeno pode ser encontrado também no art. 3º, *a*, do próprio CPPM, que prevê a conformação de suas eventuais lacunas por meio da aplicação analógica de normas do CPP, revelando aparente nível de dependência daquele.

Porém, desde o início das sociedades gregárias, ao mesmo tempo em que se desenvolvia um sistema normativo para as questões litigiosas entre os civis, desenvolvia-se, *em paralelo*, um sistema de julgamento e de normas próprias para o meio castrense.

<sup>1</sup> Em geral, as universidades de Direito não abordam a temática Direito Militar. Quando muito, há a disponibilização de matérias optativas.

<sup>2</sup> Rodrigo Foureaux, por exemplo, traz um dado importante: enquanto o CPP, de 1941, sofreu 57 alterações, o CPPM, de 1969, foi modificado apenas 6 vezes. FOUREAU, Rodrigo. O acordo de não persecução penal na Justiça Militar. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 3 jul. 2024.

Nesse sentido, numa **perspectiva histórica**, o ex-ministro do STM Cherubim Rosa Filho menciona que as primeiras notícias de julgamento de crimes cometidos por militares são encontradas nos **Códigos Sumerianos**<sup>3</sup>. Veja-se que a formação do povo sumério, após a Revolução Agrícola, em que se dominou técnicas de irrigação, ocorrida no Oriente Médio, mais especificamente na Mesopotâmia, entre os rios Tigre e Eufrates, é considerada o nascedouro da civilização humana. Élcio Arruda, ao explicar o tema, destaca que, já naquela época, existiam **cortes especiais** para julgar militares:

No vale formado pelos rios Tigre e Eufrates, bem no epicentro do Oriente Médio, numa região inóspita e aparentemente inaproveitável, posteriormente batizada pelos gregos de **Mesopotâmia** (“entre rios”), por volta de 3500 a.C., nasceu a civilização. O artífice da superação do passado de caça e coleta foi o povo conhecido por sumério e **Suméria** era a designação de sua terra, situada mais ao sul da região, nas cercanias do Golfo Pérsico. [...] Na cidade-estado de Ur, sob batuta de Ur-Nammu (2111-2094 a.C.) ou de seu filho Sulgi (2094-2047 a.C.), ambos da terceira dinastia, por volta de 2050 a.C., caldeou-se o primeiro código escrito de leis da civilização, com três séculos de precedência ao **Código de Hamurabi** (1750) e mais de quatro séculos em relação aos X Mandamentos Bíblicos (1625 a.C.: COSTANZO, 1853, p. 176, t. 1). Insculpido numa estela de pedra, o assim chamado Código de Ur-Nammu contemplava a justificativa de sua concepção: “garantir a justiça na terra e promover o bem-estar de seus cidadãos” (KRAMER, 1963, p. 90). Malgrado albergasse o Talião (“olho por olho”, “dente por dente”), a codificação mitigou-lhe o rigorismo, ao prever a substituição de penas corporais e capitais pela multa em dinheiro [...]. Conquanto não se trate do mais antigo código de leis escritas (1750 a.C.), porquanto precedido dos **códigos de Ur-Nammu** (2050 a.C.), **Lipt-Ishtar** (1934-1924 a.C.) e **Eshnunna** (1925-1787 a.C.), o Código de Hamurabi encerra o maior número de disposições legais conservadas [...]. **O exercício da jurisdição criminal tocava ao faraó**, a quem era dado **delegar-lhe** o exercício. [...]. O Vizir (Tchaty) era o chefe de toda administração e organização da justiça. **Na órbita da jurisdição pública, havia cortes especiais para julgamento de militares.** [...] Ao soberano se facultava a concessão de graça, anistia ou comutação de pena. Sob o ângulo procedimental, nos tribunais comuns, a qualquer um do povo era dado assumir o papel de acusador, quanto a delitos de que fosse testemunha ou vítima. O juízo de instrução era distinto do juízo de julgamento, **a determinação da pena e a sua execução se incluíam no rol de competências cometidas do faraó.** (Grifou-se).

Ressalte-se que os códigos sumerianos remontam há mais de **4.000 anos**. E ali já estavam previstas “penalidades para aqueles que cometessem crimes no campo de batalha”<sup>4</sup>.

O que se quer dizer é que, desde os tempos mais remotos, assim como há normas penais para limitar o agir dentro da sociedade, também há regras específicas para tratar da guerra, aplicáveis especialmente aos combatentes.

Note. Segundo Durkheim, “o crime é um fato social”<sup>5</sup>. Nesse passo, pode-se dizer que a guerra igualmente é um fato social. Veja-se que Clausewitz, militar prus-

<sup>3</sup> ROSA FILHO, Cherubim. A Justiça Militar da União através dos tempos. 5. ed. Brasília: STM, 2017, p. 11.

<sup>4</sup> ROSA FILHO, Cherubim. A Justiça Militar da União através dos tempos. 5. ed. Brasília: STM, 2017, p. 11.

<sup>5</sup> “...partindo do fato de que o crime é detestado e detestável, o senso comum conclui erroneamente que ele poderia desaparecer por completo. Com seu simplismo habitual, ele não concebe que uma coisa que repugna possa ter

siano, asseverava que “a guerra” é “uma continuação das relações políticas realizada com outros meios”<sup>6</sup>.

Em verdade, crime e guerra são realidades *indesejadas*, mas que, nem por isso, deixam de acontecer. Dessa forma, podem e devem ser regulados, já que representam momentos de crise humanitária, seja de modo mais pontual e local, seja de forma mais generalizada. Observe-se, inclusive, que somente a evolução civilizatória tornou possível que, por meio do diálogo, da linguagem, das regras, o ser humano poderia, de certo modo, mitigar os efeitos do ilícito e, também, da guerra.

Chama a atenção, independentemente da crença religiosa, a importância que a capacidade de sair de si mesmo (não se ensimesmar) e conectar-se com o outro teve nesse processo. A religião, como se verá, foi até certo momento histórico o único meio capaz de realizar esse deslocar inter-humano. Porém, não foi, no desenvolver humano, o único meio.

No livro “A Cidade Antiga”, escrito por Fustel de Coulanges, vê-se que a *religião doméstica e a veneração aos ancestrais* permitiu transformar os grupos tribais nas primeiras civilizações. Essa correlação tornou possível ver o outro, o diferente, a ameaça como um aliado e uma oportunidade de evolução.

É curioso observar que a igualdade, antes de ser estendida aos vivos, foi firmada entre os mortos:

**Os mortos eram considerados criaturas sagradas.** Os antigos davam-lhes os epítetos mais respeitosos que podiam encontrar; chamavam-nos de bons, de santos, de bem-aventurados. Tinham por eles toda a veneração que o homem pode ter para com a divindade, que ama e teme. Segundo seu modo de pensar, cada morto era um deus. Essa espécie de apoteose não era privilégio dos grandes homens; **não se faziam distinções entre os mortos.**<sup>7</sup>

Vê-se, em Fustel, que a civilização não era moldada por um simples poder político ou por necessidades econômicas, inicialmente. A vida comunitária era regrada, inclusive quanto às condutas que mereciam repressão, a partir do culto aos mortos e aos deuses domésticos<sup>8</sup>. Em resumo, não havia crime sem religião, até porque a religião era a essência do corpo coletivo.

A evolução da sociedade, especialmente influenciada pelo universalismo do cristianismo, que prega a igualdade entre todos, sem exclusão, inclusive com a ideia

---

uma razão de ser útil, e não há, no entanto, contradição alguma nisso. Não há no organismo funções repugnantes cuja ação regular é necessária à saúde individual? Não detestamos o sofrimento? E, no entanto, um ser que não o conhecesse seria um monstro. O caráter normal de uma coisa e os sentimentos de distanciamento que ela inspira podem até ser solidários. Se a dor é um fato normal, é com a condição de não se gostar dela; se o crime é normal, é com a condição de ser odiado. (...) precedentes. O crime não se observa somente na maioria das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não há sociedade onde não exista uma criminalidade.” DURKHEIM, Émile. *As Regras do método sociológico (Sociologia)* (Portuguese Edition) (p. 101). Editora Vozes. Edição do Kindle.

<sup>6</sup> CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da GUERRA - Carl Von Clausewitz* (Portuguese Edition) (p. 35). Lebooks Editora. Edição do Kindle.

<sup>7</sup> Numa-Denys Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga* (Portuguese Edition) (p. 29). Montecristo Editora. Edição do Kindle.

<sup>8</sup> Numa-Denys Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga* (Portuguese Edition) (p. 29). Montecristo Editora. Edição do Kindle.

do perdão, tornou possível a tentativa de concretização da sonhada *Paz Universal*, primeiro por meio da Liga das Nações e depois através da Organização das Nações Unidas, a ONU<sup>9</sup>. Note-se que, embora com ela não se confunda como outrora (haja vista basear-se, agora, em valores seculares), a religião foi importante para a facilitação da formação de uma comunidade internacional.

A ideia central que se quer chamar a atenção aqui, porém, não é a religião, mas sim a importância do despertar de si mesmo.

Prova disso está a seguir.

Concomitantemente ao desenvolvimento da comunidade internacional, robusteceu-se a defesa dos Direitos Humanos. No ensejo, Lynn Hunt desenvolve a ideia de que a universalização dos Direitos Humanos, independentemente de condição social, de raça ou de gênero, está intrinsecamente relacionada à *leitura de romances*, no século XVIII. Isso porque a prática tinha a aptidão de tirar os indivíduos de seus “mundos”, de suas individualidades, de suas civilizações e transportá-los para mundos diversos, com valores diversos e igualmente válidos<sup>10</sup>.

Interessante que estudos na psicologia contemporânea confirmam a sugestão de Hunt. Esses estudos, inclusive, vão além. Eles demonstram que, a depender da heurística (dos vieses), é possível identificar-se não só com os valores moralmente aceitos amplamente, mas também com valores questionáveis. Exemplo disso pode ser dado nos casos em que se torce pela prevalência do “vilão” em detrimento do agente defensor das regras sociais pré-estabelecidas, a exemplo de Robin Hood e La Casa de Papel. Nesse sentido, psicólogos explicam que a “confiança subjetiva em um julgamento não é uma avaliação raciocinada da probabilidade de que esse julgamento esteja correto”, mas sim “um sentimento que reflete a coerência da informação e o conforto cognitivo de processá-la”<sup>11</sup>.

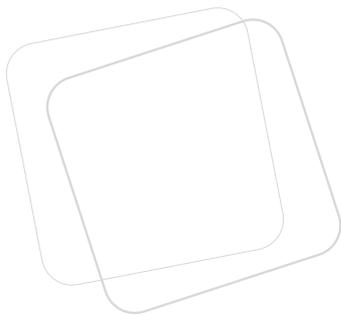
Fechando esse rápido parêntese, necessário ressaltar, porém, que naquelas primeiras civilizações ainda não havia um órgão próprio, apartado da figura do soberano, incumbido de julgar; o exercício da jurisdição era delegado, mas o líder do povo permanecia com o poder de determinar a pena, bem como a sua execução. Além disso, os regramentos militares, embora já existentes, eram dispostos de forma desordenada. Os exércitos eram “ávidos pelo saque” e compostos por grupos de mercenários. Apenas na cultura greco-romana as disposições jurídicas quanto ao militarismo organizam-se mais, haja vista a priorização da tática, da estratégia e das táticas de combate<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Embora tenha raízes antigas essa ideia de defender uma paz mundial, inclusive no estoico Zenão de Cítio (cerca de 334-262 a.C.), além de outras culturas, foi a partir da obra “A Paz Perpétua” do filósofo Immanuel Kant que os Estados modernos conseguiram se unir na tentativa de estabelecer um diálogo permanente e comunitário a fim de evitar a guerra. Admitindo-a apenas em situações excepcionais, notadamente para a defesa.

<sup>10</sup> HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: Uma história (Portuguese Edition) (pp. 34-47). Companhia das Letras. Edição do Kindle. amigo Richard

<sup>11</sup> KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: Duas formas de pensar (Portuguese Edition) (p. 324). Objetiva. Edição do Kindle.

<sup>12</sup> LACAVALHO FILHO, Nelson. Legitimidade do direito penal militar no estado democrático de direito: hierarquia e disciplina como bases sistêmicas. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08092020-024654/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2023.



# JURISDIÇÃO

**Sumário:** 2.1. Introdução ao capítulo – 2.2. Características da jurisdição – 2.2.1. Substitutividade – 2.2.2. Escopo de atuação do direito – 2.2.3. Inércia – 2.2.4. Imutabilidade – 2.2.5. Existência de lide – 2.3. Princípios da jurisdição – 2.3.1. Investidura – 2.3.2. Aderência ao jurisdicionado – 2.3.3. Indelegabilidade – 2.3.4. Inevitabilidade – 2.3.5. Inafastabilidade (indeclinabilidade ou vedação ao *non liquet*) – 2.3.6. Juiz natural – 2.4. Finalidade da jurisdição – 2.5. Espécies de jurisdição.

## 2.1. INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO

A evolução da jurisdição, ou pode-se afirmar da própria pacificação social, alcançada pela eliminação de conflitos de interesses, conheceu como primeiro estágio a *autodefesa* ou *autotutela*, em que os contendores se enfrentavam diretamente, resolvendo-se o conflito em favor do mais forte ou do mais astuto.

Em sequência, surge outra espécie de solução do conflito, a *autocomposição*, marcada pelo entendimento voluntário entre os interessados, sem violência, podendo ser alcançada com concessões recíprocas (transação), com a renúncia à pretensão por uma das partes (desistência) ou com a submissão (renúncia à resistência). Esta também poderia ser alcançada pela interferência de um terceiro, colocado como *árbitro*, que, com senso de justiça, busca pôr termo à lide fazendo as partes se ajustarem, surgindo o conceito de arbitragem.

Entretanto, embora a *autodefesa* e a *autocomposição* ainda possuam aplicação pontual na atualidade, a *jurisdição* é hoje a mais efetiva espécie de solução de conflitos, especialmente no que concerne aos conflitos de natureza penal militar. A jurisdição caracteriza-se, como vimos, no poder que tem o Estado de, em substituição à vontade das partes, dizer o direito, pondo fim à lide instalada.

Claro que essa conformidade parte sempre de um pressuposto democrático de “entrega” de poderes ao Estado (Estado-juiz), quase que evidenciando o pacto social, em que o povo, real detentor do poder, abre mão de sua liberdade plena para se sujeitar ao que lhe é ditado pelo Estado.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO

### 2.2.1. Substitutividade

Como já mencionado, no exercício da jurisdição o Estado substitui a vontade dos litigantes, com o objetivo de compor o conflito de interesses caracterizado pela resistência de uma das partes à pretensão da outra. Essa realidade, ressalte-se, decorre da impossibilidade, em regra, da pacificação pela autodefesa, que obriga as partes a submeterem suas pretensões ao Estado, o qual em uma das suas funções do Poder (jurisdicional) aplica o direito ao caso concreto, pondo termo à contenda.

Nesse sentido, aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco:

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui com uma atividade sua as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substituiu a das partes<sup>1</sup>.

### 2.2.2. Escopo de atuação do direito

Com essa característica diz-se que a jurisdição tem o escopo, o objetivo de realizar o mandamento previsto na norma de direito substancial violada em concreto, ou seja, o Estado, por meio da jurisdição, busca preencher o modelo abstrato da norma de direito substancial com o caso concreto que lhe foi apresentado, eliminando o conflito e reafirmando os valores trazidos no ordenamento jurídico. Em suma, o que o Estado busca com a jurisdição é fazer com que se “obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza”<sup>2</sup>.

### 2.2.3. Inércia

A jurisdição é exercida por órgãos do Estado com respaldo legal para tanto. São os *órgãos jurisdicionais*, consistentes em fracionamentos dotados de poder estatal de dizer o direito, integrantes do Poder Judiciário.

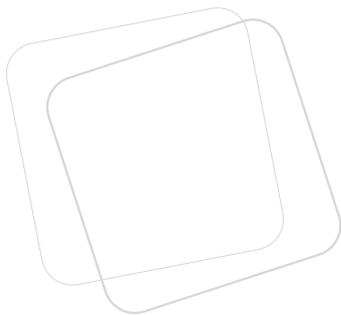
Tais órgãos são inertes (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), dependendo de provocação de uma das partes para que possa ser exercida.

Fundamental que se observe essa característica, porquanto o exercício da jurisdição sem provocação das partes pode afetar a imparcialidade do julgador, fazendo com que sua decisão seja contaminada.

Obviamente, há algumas exceções previstas em lei em que a jurisdição pode ser exercida espontaneamente pelo magistrado, a exemplo da concessão *ex officio*

<sup>1</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 150.

<sup>2</sup> Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 151.



# PROCESSO

**Sumário:** **3.1.** Relação jurídica de direito processual – **3.2.** Princípios aplicáveis ao processo penal militar – **3.2.1.** Conflito entre princípios – **3.2.2.** Classificação – **3.2.3.** Princípios expressos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua incorporação no ordenamento pátrio – **3.2.4.** Princípios processuais penais militares em espécie – **3.2.4.1.** Humanidade – **3.2.4.2.** Legalidade – **3.2.4.3.** Devido processo legal – **3.2.4.4.** Ampla defesa e contraditório – **3.2.4.5.** *Ne bis in idem* – **3.2.4.6.** Duplo grau de jurisdição – **3.2.4.7.** Estado de inocência – **3.2.4.8.** *Favor rei (in dubio pro reo ou favor incontinentiae)* – **3.2.4.9.** *Nemo tenetur se detegere* – **3.2.4.10.** Excepcionalidade da prisão cautelar e duração razoável da prisão cautelar – **3.2.4.11.** Publicidade – **3.2.4.12.** Verdade material – **3.2.4.13.** Inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito – **3.2.4.14.** Economia processual e celeridade processual: princípio da eficiência do processo penal – **3.2.4.15.** Da indisponibilidade – **3.2.4.15.1.** Indisponibilidade da ação penal militar e acordo de não persecução penal – **3.2.4.16.** Oficialidade – **3.2.4.17.** Oficiosidade – **3.2.4.18.** Do impulso oficial – **3.2.4.19.** Juiz natural – **3.2.4.20.** Imparcialidade do juiz – **3.2.4.21.** Da persuasão racional do juiz – **3.2.4.22.** Da motivação das decisões judiciais – **3.2.4.23.** Correlação (*ne eat iudex ultra petita partium*) – **3.2.4.24.** Identidade física do juiz – **3.2.4.25.** Ação ou demanda – **3.2.4.26.** Igualdade processual – **3.2.4.27.** Lealdade processual – **3.2.4.28.** Promotor natural – **3.2.4.29.** Intranscendência – **3.2.4.30.** Comunhão da prova – **3.2.4.31.** Razoável duração do processo – **3.3.** Sistemas de processo penal – **3.3.1.** Sistema inquisitivo – **3.3.2.** Sistema acusatório – **3.3.2.1.** Juiz das garantias – **3.3.3.** Sistema misto – **3.3.4.** Sistema vigente no processo penal militar brasileiro.

## 3.1. RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PROCESSUAL

---

O processo, como se sabe, não constitui um fim em si mesmo, dependendo, antes, da existência de uma lide. No caso do processo penal militar, uma lide penal militar, ou seja, um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, versando sobre Direito Penal Militar.

Assim, pode-se reafirmar que, quando alguém comete um crime militar, sobrevém para o Estado um direito de exercício de punição, resistido pelo acusado, surgindo uma relação *jurídica de direito material*.

Ocorre que a pacificação desse conflito somente pode ser alcançada pelo desencadeamento de um conjunto de regras predefinidas e coordenadas, denominado processo penal militar, com suas peculiaridades e arrimado em postulados constitucionais. Nesse processo penal militar, uma nova relação se estabelece, desta feita gerando deveres, ônus, direitos entre os principais atores, numa visão geometricamente triangular, marcada pelo autor da pretensão, o Estado, pelo seu órgão oficial de acusação (Ministério Público), aquele contra quem se demanda, ou seja, o réu, sob a tutela de um outro ator equidistante desses dois primeiros, responsável, primeiro, por impor oficialmente o impulso ao processo e, em momento final, por prolatar, quando for o caso, uma sentença de mérito. Esta é a *relação jurídica de direito processual* ou, simplesmente, *relação processual*.

É possível cunhar elementos identificadores da relação processual que a separem da relação jurídica material.

Como primeiro elemento tem os *sujeitos processuais*, que formam um vínculo triangular entre si, caracterizado pelas partes, autor e réu, que se encontram em igual distância do juiz, sedimentando a sua imparcialidade. Outro elemento distintivo é o *objeto* da relação processual, que coincide com o provimento jurisdicional requerido ao Estado-juiz, enquanto na relação de direito material o objeto é o bem da vida discutido. Por fim, também se configuram em elemento distintivo dessas relações os *pressupostos processuais*, que podem ser objetivos e subjetivos. Estes podem ser relativos ao juiz (investidura, competência e imparcialidade) ou às partes (capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória). Os objetivos podem também ser classificados em extrínsecos (inexistência de fatos impeditivos, como a litispendência e a coisa julgada) e intrínsecos (regularidade procedimental)<sup>1</sup>.

### 3.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL MILITAR

Os direitos são garantidos por normas jurídicas que têm a estrutura de regras ou de princípios. A distinção entre regras e princípios, adotando a adequada visão de Virgílio Afonso da Silva, está no fato de que as regras garantem direitos ou impõem deveres **definitivos**, enquanto os princípios garantem direitos ou impõem deveres **prima facie**, ou seja, do conteúdo da regra extrai-se uma proposição que deve ser satisfeita plenamente, sob pena de invalidade da regra, enquanto do conteúdo dos princípios extrai-se uma proposição que não se pode realizar sempre, sendo essa realização, geralmente, parcial, o que não significa, por outro lado, a invalidação do princípio<sup>2</sup>.

Conclui-se, portanto, que os princípios são *mandamentos de otimização*, que “exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

<sup>3</sup> Ideia cunhada por Robert Alexy, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*, p. 46.

### 3.2.1. Conflito entre princípios

A ideia de não realização em regra do mandamento de otimização de um princípio é de fundamental importância para a teoria dos princípios, porquanto a negação da aplicação de um princípio em sua totalidade, em face de outro princípio, ou seja, o conflito de princípios, não importa na invalidação desse princípio, mas apenas na prevalência do outro princípio nas condições fáticas e jurídicas apresentadas. O mesmo não ocorre com as regras, visto que, se duas regras “preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte”<sup>4</sup>.

O grande problema no conflito de princípios está na decisão sobre qual princípio deve prevalecer. Nesse sentido, aponta-se o princípio da proporcionalidade como o solucionador dessa incompatibilidade.

A proporcionalidade não está grafada expressamente na Carta Maior, porém constitui-se em princípio de suma importância no ordenamento jurídico.

Cunhado sobretudo da doutrina alemã, o princípio, em construção didática, desdobra-se em três aspectos:

a) Adequação

Por ela, diz-se que o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido.

b) Exigibilidade

O meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos. Isto é, deve-se procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalente.

c) Proporcionalidade em sentido estrito.

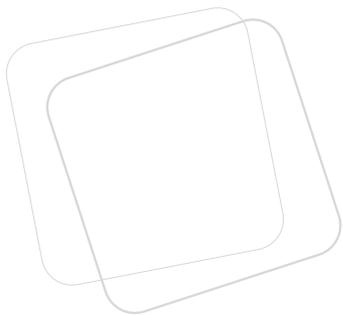
Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais<sup>5</sup>.

O princípio da proporcionalidade é visto por muitos como um superprincípio, como o “princípio dos princípios”, mas, em verdade, a proporcionalidade, ainda que tenha sua relevância inquestionável, há que encontrar limites na dignidade da pessoa humana, mesmo porque é dela oriunda. Nessa esteira, tenha-se em mente que o mais importante princípio constitucional – em verdade um fundamento da República – é o da dignidade da pessoa humana, sendo ele a diretriz de interpretação. Portanto, a proporcionalidade, como toda a lógica constitucional, nasce da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a importância da proporcionalidade como princípio é de caráter instrumental, ou seja, funciona como ferramenta de harmonização nas aparentes colisões de normas principiológicas, ou então, quando há conflito de dignidades de pessoas distintas, lançando-se a proporcionalidade como parâmetro de decisão,

<sup>4</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 47.

<sup>5</sup> Cf. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.



# AÇÃO PENAL MILITAR

**Sumário:** **8.1.** Introdução ao capítulo – **8.2.** Conceito – **8.3.** Natureza jurídica – **8.4.** Princípios – **8.4.1.** Princípio da demanda – **8.4.2.** Princípio da obrigatoriedade – **8.4.3.** Princípio da indisponibilidade – **8.4.4.** Princípios da oficialidade, autoritariedade e oficiosidade – **8.4.5.** Princípio da intranscendência – **8.4.6.** Princípio da indivisibilidade – **8.4.7.** Princípio da inadmissibilidade da dupla persecução criminal – **8.5.** Condições da ação penal militar condenatória – **8.5.1.** Condições genéricas – **8.5.2.** Condições específicas – **8.6.** Pressupostos processuais – **8.7.** Espécies de ação penal militar – **8.7.1.** Ação penal militar de iniciativa pública incondicionada (ou absoluta) – **8.7.2.** Ação penal militar de iniciativa pública condicionada à requisição – **8.7.2.1.** Requisição do Ministro da Defesa e do Ministro da Justiça – **8.7.3.** Ação penal militar de iniciativa privada subsidiária da pública – **8.7.3.1.** Queixa-crime – **8.7.4.** Ação penal militar nos crimes militares extravagantes – **8.8.** Peça inaugural do processo penal militar: a denúncia – **8.8.1.** Denúncia e seus requisitos – **8.8.2.** Prazo para oferecimento da denúncia – **8.8.3.** Inaplicabilidade da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, nas Justiças Militares: reflexos práticos que podem ocorrer na ação penal militar.

## 8.1. INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO

Como já discurremos, desde há muito o Estado avocou para si a possibilidade de reprimir as condutas criminosas, afastando, de uma vez por todas, a vindita privada. Mantém-se, assim, um monopólio punitivo, alocado nas mãos do Estado, que, porém, somente poderá colocá-lo em marcha por um escoreito processo, consubstanciado na lei (*due process of law*), sem o qual toda e qualquer punição se torna ilegal. Nesse processo, por exemplo, garantem-se a ampla defesa e o contraditório, essenciais para o exercício do direito de punir.

Esse processo penal, também é importante consignar, vem em franca caminhada em direção ao garantismo, de sorte que sua atual conceituação é muito mais matizada com enfoque na defesa do cidadão do que no direito de punir que tem o Estado.

Nesse sentido, com precisão ímpar, detectou Scarance:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal

intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo<sup>1</sup>.

Com efeito, como bem indica o autor supracitado, o processo penal sofre um giro garantístico, muitas vezes sendo obrigado o intérprete da lei penal a deixar a singela literalidade da lei processual para aplicar consagrados vetores de tutela de direitos individuais, previstos na Constituição Federal ou em tratados internacionais. Surge, como vimos consignando, o processo penal constitucional ou, no nosso caso, o *processo penal militar constitucional*.

Note-se, entretanto, que o processo penal, apesar de ser o meio hábil à aplicação da sanção penal, não é o início da persecução do delito, iniciando-se esta, em regra, com um procedimento apuratório, de característica inquisitória, formado no seio da polícia judiciária. Esse procedimento (inquérito policial, auto de prisão em flagrante delito etc.), deve-se ressaltar, não é indispensável à instauração do processo-crime, sendo possível sua substituição por qualquer meio hábil a indicar a autoria e a materialidade de um fato, em tese, configurador de crime (sindicância, relatório de comissões parlamentares de inquérito etc.).

Frise-se, portanto, que o processo se caracteriza em uma segunda fase da *persecutio criminis*<sup>2</sup>.

Com precisas palavras, Tourinho Filho expõe:

... em determinado momento histórico, o Estado chamou a si a tarefa de administrar a justiça, fazendo-o por meio do processo, verdadeiro 'substitutivo civilizado da vingança privada'. O Estado, então, passou a ser o detentor do monopólio da administração da justiça. É certo que não proibiu, terminantemente, as outras formas compositivas de litígios, como a 'autodefesa' e a 'autocomposição'. Esta é, até, muito comum em conflitos que surgem no campo extrapenal, quando em jogo interesses disponíveis. Também a 'autodefesa' não foi de todo excluída. Todavia 'autodefesa' e 'autocomposição' são excepcionais formas de resolução de litígio. Na primeira há a imposição da decisão por uma das partes à outra e, na segunda (que equivale à solução ou resolução), a decisão do litígio é obtida pelas próprias partes, contrastando, assim, com o 'processo', em que a resolução da lide é decretada, de maneira imparcial, pelo Juiz. Se encarmos essas estranhas formas compositivas de litígio como um meio excepcional de se aplicar a *sanctio juris* ao culpado, podemos asseverar serem elas estranhas ao campo penal. O *nulla poena sine iudice* e o *nulla poena sine iudicio* são dogmas constitucionais que coíbem e cerceiam a possibilidade, ainda que remota, de se infligir uma *sanctio juris* penal, senão por meio do Estado-Juiz, com a observância das normas processuais. Mesmo nos delitos de alçada privada, em que, por motivos vários, se comete ao próprio ofendido o *jus accusationis*, não se concebe uma 'autocomposição', com o sentido de as partes ajustarem a pena a ser imposta<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

<sup>2</sup> Nesse sentido ANDRADE, Vander Ferreira de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 244.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 291-292.

O processo-crime, como todo processo judicial, deve ser iniciado por uma peça exordial, dotada de elementos tais que demonstrem os indícios verificados acerca do delito. Em regra, o poder de iniciar o processo criminal é característico do Ministério Público, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal, em pleno exercício de sua função de *dominus litis* (dono da ação penal). Casos há, entretanto, em que a iniciativa não está nas mãos do *Parquet*, sendo essa prerrogativa conferida ao ofendido ou ao seu representante legal.

O exercício da ação penal pelo particular, como muito bem adverte Bitencourt, não caracteriza um retorno à vingança privada, uma vez que o que foi facultado ao cidadão foi apenas a iniciativa da ação penal e o funcionamento no processo, faculdade que se esgota quando da sentença penal condenatória irrecorrível, marcando o momento em que o Estado reassume a lide, visto que somente ele, o Estado, detém o *jus puniendi*<sup>4</sup>.

Em resumo, destarte, estudar a ação penal à luz do Direito Processual Penal (comum e militar) significa entender as diferenças marcantes no tocante à iniciativa do processo-crime.

## 8.2. CONCEITO

Conceituando-a brevemente, mas com muita clareza, Jorge César de Assis afirma que a ação penal militar “é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Militar objetivo; é o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo”<sup>5</sup>.

A previsão sobre a classificação das ações penais no Direito Penal Militar está nos arts. 121 e 122 do Código Penal Militar. No Código de Processo Penal Militar, nos arts. 29 a 33.

Atente-se que há divergências nas disposições entre CPM e CPPM, fruto da alteração havida no primeiro diploma, pela Lei n. 14.688/2023, que não alcançou a lei processual penal militar. Evidentemente, naquilo que for conflitante, prevalecerá o dispositivo do CPM, trazido por lei ordinária mais recente e que, portanto, derroga dispositivos do CPPM.

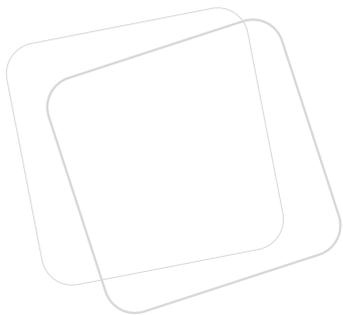
Da simples leitura dos dispositivos, concluímos que os crimes militares são, em regra, de ação penal pública, o que importa em consagrar o Ministério Público como titular da ação penal militar. É o que se infere do art. 29 do CPPM, que dispõe que a “ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar”.

Entendemos que, mesmo com o advento da Lei n. 13.491, de 16 de outubro de 2017<sup>6</sup>, essa construção persiste, conforme abaixo esmiuçaremos.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 689.

<sup>5</sup> ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 69.

<sup>6</sup> Pendem no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.804, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).



## RECURSOS

**Sumário:** **19.1.** Teoria geral – **19.1.1.** Conceito – **19.1.2.** Fundamento e natureza jurídica – **19.1.3.** Classificação – **19.1.4.** Princípios dos recursos – **19.1.4.1.** Princípio da taxatividade – **19.1.4.2.** Princípio da devolutividade (*tantum devolutum quantum appellatum*) – **19.1.4.3.** Princípio da unirrecorribilidade das decisões – **19.1.4.4.** Princípio da fungibilidade dos recursos – **19.1.4.5.** Princípio da complementaridade – **19.1.4.6.** Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias – **19.1.4.7.** Princípio da dialeticidade – **19.1.4.8.** Princípio da personalidade dos recursos – **19.1.4.9.** Princípio da disponibilidade dos recursos – **19.1.4.10.** Princípio *non reformatio in pejus* – **19.1.5.** Pressupostos recursais – **19.1.5.1.** Pressupostos objetivos – **19.1.5.1.1.** Cabimento (ou previsão legal) – **19.1.5.1.2.** Adequação – **19.1.5.1.3.** Tempestividade – **19.1.5.1.4.** Regularidade (observância das formalidades legais) – **19.1.5.1.5.** Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos – **19.1.5.2.** Pressupostos subjetivos – **19.1.5.2.1.** Interesse jurídico – **19.1.5.2.2.** Legitimidade – **19.1.6.** Efeitos da interposição dos recursos – **19.1.6.1.** Devolutivo – **19.1.6.2.** Suspensivo – **19.1.6.3.** Extensivo – **19.1.6.4.** Regressivo (iterativo ou diferido) – **19.1.6.5.** Traslativo – **19.2.** Recursos em espécie – **19.2.1.** Recurso em sentido estrito – **19.2.1.1.** Introdução – **19.2.1.2.** Confronto com a Lei de Execução Penal – **19.2.1.3.** Hipóteses de cabimento – **19.2.1.3.1.** Reconhecimento da inexistência de crime militar, em tese (alínea *a* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.2.** Indeferimento do pedido de arquivamento, ou da devolução do inquérito à autoridade administrativa (alínea *b* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.3.** Absolvção do réu no caso do art. 48 do Código Penal Militar (alínea *c* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.4.** Não recebimento da denúncia no todo ou em parte, ou de seu aditamento (alínea *d* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.5.** Conclusão pela incompetência da Justiça Militar, do juiz federal da justiça militar ou do Conselho de Justiça (alínea *e* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.6.** Julgamento de procedência da exceção, salvo a de suspeição (alínea *f* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.7.** Julgamento de improcedência do corpo de delito ou outros exames (alínea *g* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.8.** Decretação, ou não, da prisão preventiva, ou sua revogação (alínea *h* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.9.** Concessão ou negação da menagem (alínea *i* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.10.** Decretação da prescrição, ou julgamento, por outro modo, da extinção da punibilidade (alínea *j* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.11.** Indeferimento do pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade (alínea *l* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.12.** Concessão, negação ou revogação do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena (alínea *m* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.13.** Anulação, no todo ou em parte, do processo da instrução criminal (alínea *n* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.14.** Decisão sobre a unificação das penas (alínea *o* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.15.** Decretação, ou não, da medida de segurança (alínea *p* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.3.16.** Não recebimento

da apelação ou recurso (álnea *q* do art. 516 do CPPM) – **19.2.1.4.** Prazo para interposição – **19.2.1.5.** Procedimento – **19.2.1.6.** Efeitos – **19.2.2.** Apelação – **19.2.2.1.** Dever de recolher-se à prisão para apelar e sobrestamento da apelação por fuga – **19.2.2.2.** Prazo para interposição – **19.2.2.3.** Procedimento – **19.2.2.4.** Efeitos – **19.2.3.** Embargos infringentes, de nulidade e de declaração – **19.2.3.1.** Prazo para interposição – **19.2.3.2.** Procedimento – **19.2.3.3.** Efeitos – **19.2.4.** Recurso inominado – **19.2.5.** Correição parcial – **19.2.6.** Recurso Ordinário Constitucional em *Habeas Corpus* – **19.2.6.1.** Cabimento – **19.2.6.2.** Legitimidade – **19.2.6.3.** Prazo – **19.2.6.4.** Procedimento – **19.2.7.** Recurso Ordinário Constitucional em Mandado de Segurança – **19.2.7.1.** Cabimento – **19.2.7.2.** Legitimidade – **19.2.7.3.** Prazo – **19.2.7.4.** Procedimento – **19.2.8.** Recurso Especial e Recurso Extraordinário – **19.2.8.1.** Cabimento – **19.2.8.2.** Legitimidade – **19.2.8.3.** Prazo – **19.2.8.4.** Procedimento – **19.2.8.4.1.** Interposição e contrarrazões – **19.2.8.4.2.** Julgamento dos recursos extraordinários (em sentido amplo) repetitivos – **19.2.8.4.3.** Possibilidades iniciais do presidente ou do vice-presidente do tribunal *a quo* – **19.2.8.4.4.** Julgamento dos recursos extraordinário e especial: – **19.2.8.5.** Efeitos – **19.2.9.** Agravo em execução – **19.2.9.1.** Cabimento – **19.2.9.2.** Legitimidade – **19.2.9.3.** Competência – **19.2.9.4.** Prazo – **19.2.9.5.** Procedimento – **19.2.9.6.** Efeitos – **19.3.** Ações Autônomas de Impugnação – **19.3.1.** Revisão criminal – **19.3.2.** *Habeas Corpus* – **19.3.2.1.** Introdução e evolução histórica – **19.3.2.2.** Natureza jurídica – **19.3.2.3.** Objeto (hipóteses de impetração) – **19.3.2.4.** Impetrante, Impetrado e paciente – **19.3.2.5.** Espécies – **19.3.2.6.** Competência para julgamento – **19.3.2.7.** Procedimento – **19.3.2.8.** Recurso das decisões – **19.3.3.** Mandado de Segurança Individual – **19.3.3.1.** Introdução – **19.3.3.2.** Natureza jurídica – **19.3.3.3.** Objeto (hipóteses de impetração) – **19.3.3.4.** Legitimidade – **19.3.3.5.** Competência para julgamento – **19.3.3.6.** Procedimento – **19.3.3.7.** Recurso das decisões – **19.3.4.** *Habeas Data* na Justiça MILITAR? – **19.3.5.** Reclamação.

## 19.1. TEORIA GERAL

### 19.1.1. Conceito

Estudadas as nulidades, deve-se ingressar no sistema recursal possível no processo penal militar, com algumas semelhanças ao comum, mas também com várias peculiaridades.

Como ponto de partida ligando as nulidades aos recursos, vimos que um dos momentos propícios para que as partes aleguem as nulidades relativas – aquelas havidas após o momento do oferecimento das alegações escritas –, sob pena de preclusão, é o das razões dos recursos interpostos, de maneira que se constituem eles, os recursos, em importantes instrumentos de controle de higidez do processo penal militar, através da arguição e consequente declaração de nulidade em face de vício em ato processual.

Claro, e é sempre bom ter em mente, que os recursos não estão limitados apenas às nulidades relativas, visto que as absolutas também devem ser apontadas em razões de recursos, pois, malgrado possam ser declaradas de ofício pelo órgão jurisdicional, podem não ter sido detectadas por ele, de maneira que a alegação em recurso irá apontar o vício que deve necessariamente ser reconhecido, levando à anulação do ato maculado e de todos aqueles que tenham sido atingidos em sequência.

Todavia, limitar os recursos às nulidades é subestimar-lhes a capacidade, já que, em verdade, o objeto por eles versado vai muito além, transcendendo o campo das

nulidades e ingressando pelo mérito das decisões judiciais, sob argumentos diversos, como substância, justiça, pragmatismo, simples exercício de direito etc.

Buscando um conceito, podemos dizer, inicialmente, que o “vocábulo ‘recurso’ é de origem latina, filiando-se à forma *recurso(m)*, acusativo do nome *recursus, us, m.*, ‘curso retrógrado, corrida para trás, caminho de volta, volta, possibilidade de voltar, recurso’<sup>1</sup>, significando, no sentido aqui desejado, a possibilidade, o direito público subjetivo de pôr o processo em marcha contrária visando obter a revisão de uma decisão judicial.

Em termos processuais penais, é um remédio imposto ao juiz ou facultado à parte que se considera prejudicada por uma decisão judicial, ou por uma situação processual, com o fito de obter uma nova apreciação do caso em foco, endereçado ao próprio julgador ou ao tribunal, a fim de corrigir, modificar ou confirmar o estado de coisas existentes<sup>2</sup>.

### 19.1.2. Fundamento e natureza jurídica

Inerente à natureza humana, o inconformismo é, inegavelmente, o fundamento mais significativa dos recursos. A emissão de uma decisão ou deliberação desfavorável causa insatisfação tamanha que a existência de mecanismos de reexame é medida que se exige como justa e adequada aos maiores anseios da equidade.

Não é, porém, o indócil espírito do inconformismo o único fundamento para a elaboração de uma estrutura com graus de revisão. A seu lado caminha a falibilidade humana, com a possibilidade de incursão em erro daquele com competência para agir – afinal, *errare humanum est*.

A esses dois fundamentos acrescentem-se ainda as razões históricas do próprio Direito<sup>3</sup> e o fundamento político, tão bem delineado por Grinover, Gomes Filho e Scarance<sup>4</sup>, segundo os quais nenhum ato estatal pode escapar de controle, dando-se solidez e suporte à manutenção de um sistema jurídico marcado pela possibilidade de revisão das decisões.

Quando do estudo dos recursos nos bancos acadêmicos, aprende-se que sua base jurídica está no próprio texto constitucional, que, ao disciplinar a organização do Poder Judiciário, trouxe a exaltação do princípio do duplo grau de jurisdição. Além dessa realidade, que dá embasamento jurídico aos recursos, há a ampla defesa e o contraditório, já que se considera que o recurso é um desdobramento da defesa apresentada<sup>5</sup>.

Mas há que se notar que o duplo grau de jurisdição não encontra expressa disposição na Constituição Federal, o que se constata da leitura de seus dispositivos. No entanto, no âmbito criminal, por força do disposto na alínea *h* do n. 2 do art.

<sup>1</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 591.

<sup>2</sup> Cf. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000, v. VI, p. 10.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 605.

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

<sup>5</sup> LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Edipro, 2002, p. 195.

8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (“Artigo 8º Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”), consagra-se esse direito, tornando-se líquido, indiscutível e incondicionado, sendo, ademais, recepcionado materialmente como direito individual, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal<sup>6</sup>.

Bem verdade que, em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que impulsionou visão um pouco diversa acerca dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, embora atrelada ao caso específico da prisão civil do depositário infiel. Por maioria de seu pleno, o Pretório Excelso arquivou o Recurso Extraordinário (RE) 349.703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos a que o Brasil aderiu possuem um *status* supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional deles, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC n. 45 (§ 3º do art. 5º da CF). Nesse contexto, os tratados internacionais não ratificados pelo rito do § 3º do art. 5º da CF – qual ocorre com Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não integram o “bloco de constitucionalidade” elemento de contraste no controle de constitucionalidade, razão pela qual estariam suscetíveis ao controle de convencionalidade (não de constitucionalidade)<sup>7</sup>.

Embora a visão do Pretório Excelso satisfaça os conflitos entre o direito pátrio e os tratados sobre Direitos Humanos, parece insuficiente, com a devida vênia, para nossa discussão, de maneira que preferimos adotar visão mais garantidora dos direitos humanos.

Assiste razão, nesse diapasão, a Valério Mazzuoli ao postular uma diferenciação dos tratados internacionais considerados material e formalmente constitucionais. Para o autor, mesmo antes da EC n. 45/2004, a Constituição Federal já recepcionava os tratados internacionais sobre Direitos Humanos com uma força substancial, material, de norma constitucional, isso por previsão do art. 5º, § 2º, ampliando o “bloco de constitucionalidade” da Lei Maior<sup>8</sup>. Nesse contexto, a novel previsão do art. 5º, § 3º, da CF buscaria apenas trazer o *status* de formalmente constitucional para o tratado, porquanto aprovado de forma similar ao da Emenda Constitucional. Assim, a Convenção, como ainda não formalmente constitucional, poderia sujeitar-se à denúncia própria dos tratados internacionais, sem que isso, no entanto, pudesse redundar em responsabilização do Presidente da República. Por outro bordo, como consiste em norma constitucional desde 1992, com a ratificação pelo Brasil – em-

<sup>6</sup> Cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113.

<sup>7</sup> Cf. MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 449.

<sup>8</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 35.