

WASHINGTON MAX DA CONCEIÇÃO
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13491/17

João Monlevade
2018

**WASHINGTON MAX DA CONCEIÇÃO
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13491/17

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João Monlevade,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito .**

**Área de concentração: Direito
Processual Penal**

**Prof. Orientador: MSc. Fabiano Thales
de Paula Lima.**



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADÉ

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/17, elaborado pelo aluno WASHINGTON MAX DA CONCEIÇÃO, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

João Monlevade, ____de dezembro de 2018.

Nome Completo

Prof. Orientador

Nome Completo

Prof. Examinador 1

Nome Completo

Prof. Examinador 2

Dedico este trabalho a Deus, a minha amada esposa Júlia e minha querida filha Geovana, pelo apoio e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar por ser o autor da vida, e conceder diversas bênçãos, dentre elas a da possibilidade.

A minha família, em especial esposa e filha pelo apoio, paciência e amor incondicional.

Ao meu orientador por sua disponibilidade ao prestar toda a orientação e esclarecimentos necessários para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus professores pelo esforço dispendido na árdua tarefa do ensinar.

E finalmente aos meus colegas que trilharam lado a lado esta caminhada em busca de um sonho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
CPM	CÓDIGO PENAL MILITAR
CCJ	COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO CIDADANIA E JUSTIÇA
CFRB/88	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988
NCPC	NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
JC	JUSTIÇA COMUM
JME	JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL
JMF	JUSTIÇA MILITAR FEDERAL
PGR	PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
PL	PROJETO DE LEI
PP-SC	PARTIDO PROGRESSISTA DE SANTA CATARINA
PSOL	PARTIDO SOCIALISMOS E LIBERDADE

RESUMO

A Separação de Poderes é um eminente preceito constitucional, no qual se deve pautar o Processo Legislativo, sendo de censo comum entre os grandes pensadores do direito que desde Montesquieu não se produziu até atualidade organização institucional mais equilibrada como a tripartição de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Analisar a (in) constitucionalidade da Lei 13.491/17, que alterou o art. 9º inc. II, e o § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do Código Penal Militar. Ampliação do alcance da competência da Justiça Militar, principalmente nos chamados crimes militares impróprios, modificação mediante o princípio do “*tempus regi actum*”, aplicação imediata da lei processual dada à natureza heterotópica da norma penal militar. Conversão de projeto de lei de natureza temporária aprovada pelo Congresso Nacional mediante veto parcial pelo Presidente da República, transformando o Chefe do Executivo em legislador positivo. Afronta ao princípio da Separação de Poderes consagrado no art. 2º da Constituição Federal da República de 1988. Alteração da competência do tribunal do júri para julgamento dos crimes dolosos cometidos por militares das Forças Armadas contra civis praticados no cumprimento de atribuições estabelecidas pelo presidente da República ou pelo ministro da Defesa; em ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; e durante atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem (GLO) ou de atribuição subsidiária. Controle de Constitucionalidade Preventivo e Repressivo, Difuso e Concentrado. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5301 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade junto ao Supremo Tribunal Federal visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.491/17.

Palavras-chave: Lei 13.491/17. Militar. Veto. Competência. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The Separation of Powers is an eminent constitutional precept, in which the Legislative Process must be guided, being of common census among the great thinkers of the right that since Montesquieu has not been produced until actuality more balanced institutional organization like the tripartition of powers between the Executive, Legislative and Judiciary. To analyze the (in) constitutionality of Law 13.491 / 17, which amended art. 9th inc. II, and the 2nd. I, II and III "a", "b", "c" and "d" of the Military Penal Code. Extension of the scope of the competence of the Military Justice, especially in the so-called improper military crimes, modification by means of the principle of "tempus regi actum", immediate application of the procedural law given the heterotopic nature of the military penal norm. Conversion of a bill of a temporary nature approved by the National Congress by partial veto by the President of the Republic, transforming the Chief Executive into a positive legislator. It confronts the principle of separation of powers enshrined in art. 2 of the Federal Constitution of the Republic of 1988. Alteration of the competence of the jury's court to judge intentional crimes committed by military personnel of the Armed Forces against civilians practiced in the performance of duties established by the President of the Republic or by the Minister of Defense; in action involving the security of a military institution or military mission, even if not belligerent; and during military activity, peacekeeping, law enforcement and order (GLO) or subsidiary assignment. Control of Preventive and Repressive, Diffuse and Concentrated Constitutionality. Direct Action of Unconstitutionality 5301 proposed by the Socialism and Liberty Party before the Federal Supreme Court seeking the declaration of unconstitutionality of Law 1391/17.

Keywords: Law 13.491 / 17. Military. Veto. Competence. Control of Constitutionality

SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	O crime e suas definições.....	12
2.1	Conceito formal de crime.....	13
2.2	Conceito material de crime.....	14
2.3	Conceito analítico de crime.....	14
3	O Direito Penal Militar.....	16
3.1	Conceito de Crime Militar.....	18
3.2	Crimes Militares Próprios.....	19
3.3	Crimes Militares Impróprios.....	21
3.4	Órgãos da Justiça Militar Brasileira.....	22
4	Formas de Controle de Constitucionalidade	26
4.1	Quanto ao momento.....	29
4.2	Quanto à natureza do órgão.....	30
4.3	Quanto à competência.....	32
5	A Inconstitucionalidade das Leis.....	36
5.1	Inconstitucionalidade formal.....	36
5.2	Inconstitucionalidade material.....	37
6	A problemática envolvendo a (in) constitucionalidade da Lei [...].	39
7	A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5901.....	45
8	Considerações finais.....	48
	Referências.....	52

1 INTRODUÇÃO

Desde que o homem decidiu abandonar seu estado natural, houve a necessidade de regular suas relações com seus semelhantes, sendo necessária à criação de métodos que buscassem equilibrar seus direitos e deveres, nascendo desde os primórdios códigos e leis, como importantes mecanismos para a regularização da vida em comum, obviamente com a necessidade de evolução ao longo dos anos juntamente com a sociedade. Desde Platão com sua clássica obra a “República”, e Aristóteles os grandes pensadores já idealizavam a necessidade de impor limitações ao poder estatal, através de divisão, originando a tripartição de poderes idealizada por Montesquieu, com um viés constitucional, reservando a função de criar leis ao poder legislativo, nascendo assim o processo legislativo, como importante meio de elaboração das leis, obedecendo a rigorosos critérios constitucionais, os quais não observados ensejarão em sua inconstitucionalidade formal.

Entrou em vigor no país a Lei nº 13.491/17, incorporando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, trazendo polêmicas advindas de sua gênese, que ocasionaram questionamentos a respeito de sua (in) constitucionalidade, suscitadas sob a ótica da análise constitucional acerca do veto presidencial, sendo este parte do processo legislativo.

Contudo outras consequências se mostraram relevantes, advindas da alteração no campo da competência processual penal em razão de sua aprovação. Durante sua trajetória no processo legislativo incidindo no veto parcial por parte do Presidente da República ao seu artigo 2º, a lei nº 13.491/17 que se originou na Câmara dos Deputados como a PL nº 5.768/16 de autoria do deputado Espiridião Amin, após o voto do relator do projeto, o deputado Júlio Lopes na Comissão de Constituição Cidadania e Justiça, foi inserida uma cláusula de vigência na lei, cuja data seria 31 de Dezembro de 2016, em razão das Olimpíadas e Paraolimpíadas, deslocando a competência de maneira temporária, motivando o veto presidencial ao seu art. 2º, sob a alegação que deslocamento de competência jamais poderia ocorrer de maneira temporária, infringindo, assim o princípio do Juiz Natural, criando um verdadeiro tribunal de exceção, vedado pelo art. 5º inc. XXXVII CFRB/88.

Porém aparentemente acertada a razão do veto parcial, exsurtiu os seguintes problemas. Poderia o Presidente da República, vetar o art. 2º da lei

13.491/17, transformando uma lei temporária em uma lei permanente? Quais as consequências da alteração do todo lógico de uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o veto parcial por parte do Presidente da República? Com tal medida o Chefe do Executivo não estaria se transformando em um verdadeiro legislador positivo, ofendendo dessa forma o princípio da separação de poderes?

O Processo Legislativo é pautado por importante preceito constitucional denominado separação de poderes. Desde Montesquieu, segundo os grandes pensadores do direito, não se produziu até o presente momento arranjo institucional mais equilibrado, como a tripartição de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em relação ao veto parcial ao art. 2º da Lei 13.491/17, o próprio Presidente Michel Temer em seu livro Elementos de Direito Constitucional do ano de 2008, defendeu que o fundamento doutrinário de que o veto parcial deve ter maior extensão, sustenta-se na ideia de que vetando palavras ou conjunto de palavras o Chefe do Executivo poderá alterar o sentido de um projeto de lei, podendo com esse instrumento legislar; entretanto em sua obra, afirma que mesmo vetando artigo inteiro, inciso, item ou alínea, conforme o art. 66, § 2º da Constituição Federal de 1988, o Chefe do Executivo se arriscaria a mudar o sentido lógico da lei, incorrendo assim em usurpação de competência, expressamente vedado conforme art. 2º da CFRB/88.

A partir do objetivo geral foram abordados conceitos e definições no ordenamento jurídico, demonstrando assim com a devida vênia, a incompatibilidade da lei 13.491/17, com o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo os seguintes objetivos específicos: a Inconstitucionalidade da Lei 13.491/17 em razão de vício formal, bem como a alteração de competência do tribunal do júri nos crimes dolosos contra vida cometidos por militares das forças armadas em serviço.

A relevância do estudo decorreu diretamente do fato de que com a inserção da Lei 13.491/17 no ordenamento jurídico brasileiro, princípios constitucionais foram ofendidos, como o da separação de poderes, tão consagrado no art. 2º da CFRB/88, bem como a usurpação da competência constitucional do tribunal do júri.

A pesquisa se baseou em bibliografias dos seguintes autores; Lima (2018), Lenza (2017), Santos (2007), Greco (2013); Mendes (2014), Moraes (2007), Temer (2008), Lopes (2013), Ishida (2009), Jesus (2010), Távora; Alencar (2011), Chimenti; Capez; Rosa; Santos (2007), Cunha Junior (2014) e Loureiro (1993), Ação Direita de

Inconstitucionalidade nº 5901 de 2018, Constituição Federal de 1988, Código Penal Militar, Lei 1.001/69, Código Penal Brasileiro, Lei 3.689/41 e a Lei 13.491/17, alinhados à orientação de professor especialista, de forma a subsidiar na exploração do tema proposto, contribuindo para a formação acadêmica do discente, que além do ganho pessoal, proporcionou discussão acadêmica acerca do tema suscitado, devido sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, tanto para a classe dos militares, como da própria população civil, visto às alterações no campo da competência processual penal, em relação à Justiça Militar Federal.

O método utilizado foi o indutivo o qual considera o conhecimento como baseado na experiência; através de conclusões gerais a partir de premissas individuais, significando que após uma primeira etapa de observação, analisou e classificou os fatos, apresentando uma hipótese saneadora de problemas, aliado a uma abordagem qualitativa, e objetivo descritivo, utilizou-se de procedimentos técnicos como a pesquisa bibliográfica, cujo objetivo visou reunir informações e dados que serviram de base para subsidiar a pesquisa proposta, para isto o trabalho foi estruturado, conforme sumário.

O trabalho foi dividido em sete seções sendo em primeiro a introdução que objetivou apresentar o trabalho e sua relevância, problemática, objetivo geral e específico, descrevendo de forma sucinta e objetiva a metodologia utilizada, como autores, bibliografias e artigos no qual a pesquisa se apoiou, em segundo foram tratados da teoria do crime e seus conceitos, formal, material e analítico, em terceiro das descrições e análises dos crimes militares próprios e impróprios, Justiça Militar brasileira e seus órgãos. No quarto título foi estudado o controle de constitucionalidade e suas formas, quanto ao momento, à natureza do órgão, a finalidade do controle e sua competência, no quinto título da inconstitucionalidade da lei em seu aspecto formal e material, no sexto da problemática envolvendo a (in) constitucionalidade da Lei 13.491/17, o que objetivou a pesquisa propriamente dita, seguindo para o último e sétimo título, que tratou da Ação Direta de Inconstitucionalidade NR 5901/18, questionando dispositivos inseridos pela Lei 13.491/17 que preveem a hipótese de competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, cabe ressaltar que a citada (ADI) se encontra em trâmite no Supremo Tribunal Federal, possuindo como relator o Ministro Gilmar Mendes.

2 O CRIME E SUAS DEFINIÇÕES

Entendido como um fenômeno social que acompanha a sociedade desde seus primórdios, pode se encontrar várias definições da expressão crime, dentre os quais buscam explicar seu sentido etmológico, assim se pode dizer que o próprio conceito de crime evolui ao longo dos tempos.

Assim explica Jesus, (2010, p. 195):

Evoluiu para *noxia*, que significava dano. Este, porém estava intimamente ligado aos conceitos de reparação e retribuição do mal causado, pelo que expressava mais a natureza dos efeitos do ato delitivo que propriamente, o significado da infração. Daí adoção das seguintes expressões: *scelus*, *maleficium*, *flagitium*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *porbum*, *delictum* e *crimen* com predominância das duas últimas. A expressão delito deriva de *delinquere*, abandonar, resvalar, desviar-se, significando abandono de uma lei. *Crimem* vem do grego *cerno*, indicativo dos mais graves delitos.

O atual CPB não traz o conceito de crime, como observa Greco, (2013, p. 139), “nosso atual Código Penal não nos fornece um conceito de crime, somente dizendo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Tal definição ficou a cargo da doutrina.

Como assinala:

Como salientamos, não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador, restando-nos, contudo, seu conceito doutrinário. Não foram poucos os doutrinadores que, durante anos, tentaram fornecer esse conceito de delito. Interessa-nos, neste estudo, refletir somente sobre aqueles mais difundidos. Assim, mesmo que de maneira breve, faremos a análise dos seguintes conceitos: a) formal b) material c) analítico. (GRECO 2013, p.140).

Destarte a próxima seção trata do crime e suas definições, a partir do conceito formal, material e analítico, descrevendo suas peculiaridades e nuances doutrinária, sob o viés de autores de renome no cenário jurídico brasileiro e internacional, demonstrando pontos de vista congêneres e outros que se contrapõem, sempre buscando reunir informações e dados que serviram de base para subsidiar a pesquisa proposta.

2.1 Conceito formal de crime

Diante do aspecto formal, crime é um fato típico e ilícito, sendo este último também conhecido pela doutrina como antijurídico, ou seja, para que ocorra um crime é necessária uma conduta humana omisiva ou comissiva que viole a lei penal, em resumo que enquadre entre o fato ocorrido e a norma penal incriminadora, todavia nem todo comportamento humano é um delito, segundo Jesus, (2010, p. 195), “em face do princípio da reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados.”

Tomamos por exemplo o indivíduo que subtrai alguma coisa com a mera intenção de usa-la, conduta denominada pela doutrina como furto de uso, fato desimportante para a legislação penal, por não se amoldar a norma penal incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, conforme observa “falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (*animus rem sibi habendi*), contido na expressão para si ou para outrem do tipo, sem ele o fato não ajusta à norma.” (JESUS, 2010, p. 195). De acordo com Greco, (2013, p. 140), “sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse ou colidisse contra a lei penal editada pelo Estado”, embora também concordar com esta linha de raciocínio na concepção de Capez (2012, p.125), “o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal, mas considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana.”

Destarte o conceito formal de crime está ligado intimamente à conduta praticada pelo agente no verbo núcleo do tipo, sem o qual não há crime, por força de princípios como da legalidade e anterioridade, previstos tanto na CF/88 artº 5º, inc. XXXIX, como na legislação penal, artº 1º do CPB, “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, porém outro importante conceito deve ser também analisado, denominado pela doutrina de materialidade, ligada ao princípio da intervenção mínima, quando expõe que só haverá crime se a conduta omissiva-comissiva violar bens jurídicos relativamente importantes.

2.2 Conceito material de crime

O conceito material de crime sob o olhar da grande maioria dos autores definiu-se como todo comportamento humano que lesa ou expõem a perigo de lesão, bens juridicamente tutelados, neste sentido acentou Capez (2012, p.125), “sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.”

Já sob o prisma teleológico, os fins ou motivos pelo qual o legislador definiu determinadas condutas como delito, ao passo que outras não foram, são os bens juridicamente relevantes para a legislação penal, conforme Greco (2012, p. 140) “o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes”, o que também evidencia no entendimento de Jesus (2010, p. 193) “[...] é preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o jus libertatis dos cidadãos.”

Sendo assim o legislador define os bens jurídicos importantes e necessários à convivência harmoniosa e pacífica em sociedade através dos direitos amparados no texto constitucional, como por exemplo, a vida, dignidade sexual, a honra e o patrimônio, definindo condutas que se amoldem como fato típico, a fim de coibir a violação destes bens, sopesando sob o viés garantista do Direito Penal, que impede que o mesmo legislador com a finalidade de proteger bens, viole direito e garantias fundamentais pertencentes a toda pessoa humana, garantidos pela Constituição da República.

2.3 Conceito analítico de crime

Existe no Brasil uma celeuma entre grandes penalistas acerca do conceito analítico de crime, com predileção de duas correntes, denominadas de teoria bipartida e teoria tripartite. A teoria bipartida defende que crime é um fato típico e antijurídico (ilícito), onde a culpabilidade não se enquadra como conceito de crime, sendo apenas um requisito de aplicação da pena, já para a teoria tripartite crime é

um fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável, onde a culpabilidade não é pressuposto e sim fundamento da pena.

Grandes autores como Damásio de Jesus e Fernando Capez defendem a teoria bipartida, sob um enfoque que crime é um fato típico e antijurídico, como ressalta:

É aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. (CAPEZ, 2012, p. 125).

Pelo mesmo entendimento é Jesus (2010, p. 199), “Como vimos, a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena”.

Entretanto apesar das divergências, a corrente majoritáriatanto da doutrina como dos julgados entende que para se falar em crime, necessita o agente ter cometido um fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável, conforme lição de Greco (2012, p. 142):

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância.

Nesse sentido, também são as palavras de Nucci (2007, p.116-117):

Assim, a conduta, sob o prisma finalista, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade. Ao transferir o dolo para a conduta típica, o finalismo despiu-o da consciência de ilicitude (tornando-a potencial), que continuou fixada na culpabilidade. [...] O importante é esclarecer que a adoção da teoria tripartida é a mais aceita, dentre causalistas, finalistas e adeptos da teoria social da ação. Não se pode acolher uma das concepções bipartidas, que refere ser o delito apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demais a culpabilidade e colocado-a como mero pressuposto da pena.

Existe ainda outra corrente bem minoritária de doutrinadores que sustentam que a punibilidade também compõe o conceito de crime, contudo como já dito anteriormente não é seguida pela maioria da doutrina brasileira, desta forma a punibilidade é vista como a consequência do delito.

3 O DIREITO PENAL MILITAR

Segundo Romeiro (1994, p. 01), “A definição de Direito Penal Militar seria um conjunto de normas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das Instituições Militares, cujo principal é a defesa da Pátria”.

Já no conceito de Coimbra; Streifinger (2012, p.91) afirma:

Consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, protegerem a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípua atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.

Tais fins essenciais afirmados pelos doutrinadores se firmam em dois pilares básicos sobre os quais as instituições militares são firmadas, denominados de hierarquia e disciplina, a própria Constituição Federal de 1988 define em seu art. 42. “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (Brasil, 2018). Ainda de acordo com Romeiro (1994, p. 01). “A preservação dessa ordem jurídica militar, onde preponderam a hierarquia e a disciplina [...] mirando a seus possíveis violadores, um elenco de sanções de naturezas diversas, [...] administrativas, disciplinares e penais etc”. Segue o mesmo pensamento Coimbra; Streifinger (2012, p.90) “Como se pode verificar no Texto Maior, as instituições militares são dotadas de tutela especial, que visa à manutenção de sua regularidade, pela proteção de outros bens jurídicos: a vida, a integridade física, a honra, a hierarquia, a disciplina etc [...]”.

E em razão deste enfoque especial aos pilares da hierarquia e disciplina citados no parágrafo anterior, boa parte dos operadores do Direito Penal Militar, concluíram que os bens jurídicos tutelados pelo Código Castrense objetivam proteger especialmente os interesses das Instituições Militares, porém existem como em todo ramo jurídico oposição a este pensamento, sob o argumento de que a hierarquia e disciplina são instrumentos, pelos os quais as instituições militares conferem maior eficiência e prestação aos serviços de sua natureza constitucional.

Tal pensamento se apoia na idéia de:

Portanto, nem mesmo para as instituições militares a hierarquia e a disciplina constituem um fim em si mesmo. Constituem meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas instituições militares para o atendimento de suas

missões constitucionais. Não podem os operadores da Justiça Militar (que ressaltam sua integração ao Poder Judiciário a partir de 1934), em especial, transformar os princípios organizacionais das instituições militares (meios) em sua missão institucional (fins).(GALVÃO,2017).

A cerca desde dois importantes pilares para a vida castrense descreve Lenza (2017, p. 833): “A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas, sendo que a autoridade e a responsabilidade são proporcionais ao grau hierárquico, isto é, quanto mais elevado este, maiores serão aquelas”.

Ainda destaca:

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela antiguidade (no posto ou na graduação): posto: é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica e confirmado em Carta Patente. Graduação: é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente. (LENZA 2017, p. 833):

Em relação à matéria de disciplina Lenza (2017, p. 833) esclarece:

Já a disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Entretanto mesmo havendo outros bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, é evidente a ênfase despendida aos princípios da hierarquia e disciplina, o que se conclui pela predilância deles na vida castrense.

Assim demonstra:

Vários bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas ao bem jurídico tutelado pela Carta Maior. Dessa forma, além da disciplina e da hierarquia, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio etc.(COIMBRA; STREIFINGER, 2012 p. 66-67).

Outro fato relevante em razão disso é inadmissibilidade do cabimento de ação penal privada na Justiça Militar, como relatado a seguir, “Quando se trata de ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa exclusivamente os interesses do Estado e das Instituições Militares. Por isso, inexistente a ação penal privada na legislação processual penal militar”. (LOUREIRO, 1992, p. 23).

Ainda afirma Loureiro (1992, p. 23).

Se um civil cometer crime de injúria (art 140 do CP), a ação penal será proposta através de queixa, ou seja, a iniciativa de movimentar a tutela jurisdicional é do particular, o mesmo não ocorre na legislação processual penal militar, onde a iniciativa de propor a ação sempre será do Estado,

através de seu órgão ministerial. Assim se um militar injuriar seu colega de farda, em se tratando de crime militar, torna-se irrelevante a vontade do ofendido em não pretender processar seu colega. Deverá ser instaurado um inquérito policial militar a respeito do fato e se o órgão ministerial entender cabível a denúncia deverá propor ação penal.

Como se viu o Direito Penal Militar é bem peculiar em relação ao Direito Penal Comum, haja vista sua natureza, porém outro assunto é de suma importância para a compreensão da tutela dos bens jurídicos militares, o qual será tratado no subtítulo seguinte, trazendo em seu bojo o conceito de crimes militares, entretanto se deve ter ao cuidado de diferenciar transgressões disciplinares de crimes militares, por se tratar o primeiro de ações ou omissões contrárias ao dever militar, com previsão em regulamentos disciplinares, já o segundo se trata de ofensa mais grave aos bens jurídicos castrenses, previstos na legislação penal marcial.

3.1 Conceito de crime militar

A CFRB/88 em seu art. 24 dispõe o seguinte: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Tal critério do legislador constituinte originário se deu em virtude de recepcionar o Decreto Lei 1.001/69, Código Penal Militar, pois anteriormente, os critérios utilizados para definir crime militar eram *ratione materiae* (em razão de matéria própria da caserna), *ratione personae* (o agente passivo/ativo for militar), *ratione loci* (lugar da administração militar) e *ratione temporis* (determinado período afetando as instituições militares). Diante este quadro múltiplo de critérios adotados, houve a necessidade segundo os doutrinadores de fixar um critério mais abrangente e ao mesmo tempo seguro, devido à falta de preponderância objetiva de um deles.

Conforme assinala Coimbra; Streifinger (2012, p. 114):

Ocorre que multiplicidade de critérios definidores conduzia, inexoravelmente, à impossibilidade de uma exata concepção, havendo momentos na história da legislação penal militar brasileira em que um critério se sobrepunha ao outro, o que forçosamente influenciou o legislador penal de 1969 a adotar todos os critérios enumerados, sem que houvesse a prevalência clara de um deles, o que levou à conclusão de que o critério adotado em nosso país para a configuração do crime militar foi o critério *ratione legis*, ou seja, crime militar é aquele delineado como tal pela lei penal militar.

Deu-se após a vigência do Decreto Lei 1.001/69 conceito de crime militar passou a estar intimamente ligada a lei, ou em razão dela, critério *ratione legis*, com definições nos artigos 9º que trata dos crimes militares em tempo de paz, e artigo

10º que dispõe sobre crimes militares em tempo de guerra, neste pensamento anota Romeiro (1994, p.66) “Determinando a Consituição federal [...], manteve o único critério existente em nosso direito, desde a Contituição de 1916 (art. 108), para a conceituação de crimes militares: o denominado critério *ratione legis*”. Nesta mesma convicção Loureiro (1992, p. 33), “Nosso legislador no Decreto-lei nº 1.001 (Código Penal Militar) adotou o critério *ratione legis*, isto é, não o definiu, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que definem esse delito.”

Ressalta-se ainda importante em dizer que os crimes militares foram divididos em duas classes, os crimes militares próprios e crimes militares impróprios, sendo o primeiro relacionado a crimes cometidos somente por militares, como no caso de crime de deserção, previsto no art. 187 do Código Penal Militar, “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias”. Já os crimes militares impróprios se encontram previsto tanto na legislação penal militar como na legislação penal diversa, como o exemplo o crime de furto, previsto tanto no art. 240 do Código Penal Militar, como no art. 155 do Código Penal Brasileiro. Em relação aos crimes militares propriamente ditos serão discutidos no próximo subtítulo.

3.2 Crimes militares próprios

Frisa-se dizer que a legislação não traz qualquer distinção entre crimes militares próprios ou impróprios, tal classificação tem cunho doutrinário conforme destaca Lima (2018, p. 379), “Apesar de o Código Penal Militar não estabelecer essa distinção, a doutrina se viu obrigada a fazê-lo, haja vista que a Constituição Federal e o Código Penal apontam para a importância de se estabelecer o conceito de crime propriamente militar.”

O artigo 5º, inciso LXI da CFRB/88 menciona em seu texto, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, tal dispositivo constitucional vedou a prisão, salvo em caso de flagrante delito ou por meio de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, todavia permitiu que no caso de militares poderão ocorrer prisões fora do estado de flagrância ou mesmo sem ordem fundamentada de autoridade judiciária, em razão de transgressões militares.

Conforme aponta Lima (2018, p. 379):

“Ao permitir a prisão no caso de transgressões militares ou crimes militares propriamente militares, independente da situação de flagrância ou de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, tem como destinatários exclusivos os militares, ou seja, somente o militar esta autorizado a prender e somente o militar está sujeito à referida prisão.”

Crime propriamente militar tem em seu conceito definido como aquele crime que somente pode ser praticado por agente militar, conforme aponta Romeiro (1994, p. 68), “Segundo a mais antiga doutrina clássica, baseada no direito romano, crime propriamente militar seria aquele que só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos que lhe são próprios.”

Ainda que minoritária, existe uma vertente da doutrina que classificou os crimes militares como sendo, propriamente militares, tipicamente militares e impropriamente militares, tal teoria foi denominada de tricotômica, idealizadas pelos nobres juristas Ione Souza e Cláudio Amin, conforme relata Coimbra; Streifinger (2012, p. 121), “Atentos a essa dificuldade, Ione Souza e Cláudio Amin idealizaram uma teoria tricotômica, marcada pela divisão dos crimes militares em propriamente militares, tipicamente e impropriamente militares”.

Ainda nos ensinamentos de Coimbra; Streifinger (2012, p.121):

Para os autores, crime propriamente militar é aquele que somente pode ser praticado por militar, a exemplo do abandono de posto (art. 195). Crime tipicamente militar, por sua vez, é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, não importando qual a sujeição ativa possível, a exemplo do crime de insubmissão (art. 183). Por fim, crime impropriamente militar é aquele que se encontra previsto tanto no Código Penal Militar como no Código Penal comum, como o crime de homicídio (art. 205 do CPM).

Conquanto, assim como eleito pela corrente majoritária acerca da divisão de crimes militares, continua a classificação preferida como sendo próprios e impróprios, com base na teoria processual do mestre Jorge Alberto Romeiro, como se posicionou Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, “levou Jorge Alberto Romeiro, com muita perspicácia, a adaptar essa teoria, afirmando que crime propriamente militar traduz-se por aquele cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar.” (COIMBRA; STREIFINGER 2012, p.121).

Ressalta-se que não deve haver confusão entre crimes militares próprios, com crimes próprios militares, pois este último ocorre somente por militares em condição funcional específica, como na função de comando, artigo 198 do CPM. “Deixar o comandante de manter a fôrça sob seu comando em estado de eficiência”.

Vale lembrar que o art. 64, inciso II do Código Penal menciona que crimes militares próprios não são contados para fins de reincidência em caso de crimes comuns.

3.3 Crimes militares impróprios

Assim como os crimes militares próprios estudados no subtítulo anterior, cuja definição de serem crimes descritos na legislação penal militar praticado somente por militares, os crimes militares impróprios eram definidos como sendo aqueles tipificados no CPM, possuindo previsão na legislação penal diversa, ou nela não previstos, qualquer que fosse o agente, salvo disposição especial, ou como anteriormente já exemplificado o crime de furto, previsto tanto no art. 240 do Código Penal Militar, como no art. 155 do Código Penal Brasileiro, e o crime militar previsto no art. 158 violência contra militar de serviço, o qual possui previsão apenas no CPM, porem podendo ser praticado tanto por agente civil, como militar.

Conforme destaca:

[...] mas nem todo crime impropriamente militar, sob o viés da teoria clássica, possui idêntica tipificação no Código Penal comum, como o caso do art. 158 (violência contra militar de serviço), que, embora possa ser cometido por qualquer pessoa, apenas está previsto no CPM. (COIMBRA; STREIFINGER 2012, p.121)

Com a aprovação da lei 13.491/2017 na data de 13 de outubro de 2017, que alterou o art. 9º inc. II, e o § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do Decreto Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969, Código Penal Militar, houve aumento considerável do rol dos crimes militares impróprios, em razão de abarcar todo o crime previsto na legislação penal diversa, o que anteriormente não ocorria, pois a previsão era dos crimes descritos no Código Penal Militar, embora previstos na legislação penal comum.

Tal conclusão pode se extrair das lições de Lima (2018, p. 381):

Conquanto tenha havido uma ampliação da competência da Justiça Militar pela Lei 13.491/17, este conceito continua válido. Aliás, com fundamento nas mudanças produzidas pelo referido diploma normativo, é possível extrair do art. 9º, incisos I, II e III, do CPM, pelo menos 4 (quatro) espécies de crimes impropriamente militares: a) os previstos exclusivamente no Código Penal Militar, b) os previstos de forma diversa da Lei Penal Comum, c) os previstos com igual definição na lei penal comum e d) os previstos na legislação penal, quando praticados numa das condições dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

Com o aumento do rol de crimes militares impróprios ocorreu uma expansão gigantesca da competência da Justiça Militar conforme estudado no parágrafo

anterior, mesmo para os crimes praticados antes de sua vigência quando se encontrarem aguardando sentença, tais processos deverão ser remetidos para a Justiça Militar, isto se dá pela característica da norma penal militar denominada pela doutrina como heterotópica, por se tratar de uma norma mista embora prevista em diploma de natureza material, trata de assunto de competência, ou seja, norma de natureza formal com previsão geralmente em diplomas processuais.

Conforme assinala:

O conceito de crime militar constante do art. 9º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar, funciona como verdadeiro exemplo de norma heterotópica. [...] há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, portanto retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto, inseridas em leis materiais são dotadas de conteúdo processual. Dentre as quais são aplicadas de forma imediata (*tempus regit actum*), é aí que surge o fenômeno da heterotopia, ou seja, situação em que o conteúdo da norma confere-lhe uma determinada natureza, embora se encontrando prevista em diploma de natureza distinta. (LIMA, 2018, p.367).

Embora o conceito de crimes militares tiver sido definido pelo art. 9º onde trata dos crimes militares em tempo de paz, e o art. 10 que define os crimes militares em tempo de guerra, ambos do Código Penal Militar, a competência da Justiça Militar foi fixada conforme a Constituição Federal de 1988, outorgando em seus artigos 124 e 125 § § 3º, 4º e 5º à distinção da Justiça Militar Estadual e Justiça Militar Federal, ambas serão estudadas no próximo subtítulo.

3.4 Orgãos da justiça militar brasileira

A Justiça Militar Brasileira subdividiu-se em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual, nesse raciocínio chama a atenção Lima (2018, p. 370) “Era de se esperar que ambas tivessem a mesma competência e organização judiciária. Na prática isso não ocorre.”

Ainda nos ensinamentos de Lima (2018, p.371):

De fato, segundo o art. 124 da Constituição Federal, à Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Por sua vez, segundo a primeira parte do art. 125, § 4º, da Carta Magna, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei.

Neste enfoque destacam Mendes; Gonet (2014, p. 993):

Cumprir mencionar, ademais que a Constituição de 1988, em seu art. 125, § 3º, autoriza a criação da Justiça Militar Estadual, por meio de lei estadual, constituída, em 1º grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em 2º grau, pelo Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça Militares

nos Estados, quando o efetivo militar for superior a vinte mil integrantes. Atualmente, somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul dispõem de tribunais de Justiça Militar de 2º Grau.

Para entender essa distinção, se deve analisar algumas influências do passado, entre o período do ano de 1964 a 1985, mais conhecido como regime militar, a Justiça Militar possuía competência para julgar os ditos crimes de segurança nacional e crimes contra as instituições militares, conforme Mendes; Gonet (2014, p. 993):

Sob o regime militar, a Justiça Militar era competente para julgar os crimes contra a segurança nacional ou contra as instituições militares (CF 1967/69), art. 122, § 1º. O art. 120 da Constituição de 1967 previa como órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores instituídos por lei.

Ainda segundo Mendes; Gonet (2014, p. 994), “A Constituição Federal de 1988 manteve a Justiça Militar, que hoje é integrada pelo Superior Tribunal Militar e Tribunais e pelos Tribunais e juízes militares”, tal visão do doutrinador se encontra na seguinte previsão do texto constitucional. “Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei” ,(Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O texto constitucional ainda dispõe:

Art. 123. O STM compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Já nas lições de Moraes (2007, p. 561):

A Constituição Federal determina que a Justiça Militar se compõe de Superior Tribunal Militar; dos Tribunais e dos Juízes Militares instituídos por lei, que organizará, competindo-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Sendo assim o Superior Tribunal Militar (STM) possui competência originária, além de atribuições para julgar as apelações e os recursos das decisões dos juízes de primeiro grau da Justiça Militar da União.

Conforme ensina Lenza (2017, p.829):

“Ao Superior Tribunal Militar, além de competência originária, foram estabelecidas atribuições para julgar as apelações e os recursos das decisões dos juízes de primeiro grau da Justiça Militar da União, sem, contudo realizar o exame de matérias oriundas da Justiça Militar Estadual ou Distrital.”

O mesmo é mencionado nas lições de Lima (2018, p.515), “De acordo com o art.º, inciso I, “a”, da Lei 8.457/92, compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originalmente os oficiais-gererais das Forças Armadas, nos crimes definidos em lei.”

Entretanto adverte Lenza (2017, p. 830):

Dessa forma, apesar de ter a denominação “Superior Tribunal”, não atua conforme o STJ, já que, no caso, o STM, além das atribuições originárias, funciona como tribunal recursal (para bem entendermos, mantidas todas as particularidades, atua como se fosse um TJ).

Ainda nos ensinamentos de Lenza (2017, p.831) “A Justiça Militar, em nível federal, é constituída, em primeira instância, pelos Conselhos de Justiça Militar e, como órgão recursal e de jurisdição superior, pelo Superior Tribunal Militar”. Também integram aos órgãos da Justiça Militar Federal o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União através de representantes.

Como mencionado a seguir:

Tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública da União mantêm representantes junto à Justiça Militar. Como vimos, o Ministério Público da União compreende, dentre outros, o Ministério Público Militar (art. 128,1, “c”). Trata-se de carreira própria e com concurso público específico. (LENZA, 2017, p. 835).

Ainda Lenza, (2017, p.847), ressalta que:

O Ministério Público Estadual como a Defensoria Pública Estadual mantêm representantes junto à Justiça Militar Estadual. Em relação ao Ministério Público, contudo, apesar de no âmbito federal existir uma carreira própria para atuação perante a Justiça Militar da União o MPM (art. 128,1, “c”), no âmbito estadual, seja em primeiro grau (Auditorias Militares, que correspondem às Varas na Justiça Comum), seja até mesmo no TJ ou TJM onde houver (SP, MG e RS art. 125, § 3.º, da CF/88), a atuação dar-se-á por um membro do MP Estadual, não havendo uma carreira própria e específica de Ministério Público Militar Estadual. Trata-se de Promotoria de Justiça especializada com atuação perante a Auditoria Militar e o TJ ou TJM onde houver (SP, MG e RS).

Diante dos acontecimentos históricos no período de regime militar, segundo Mendes; Gonet (2014, p. 993), “Tendo em vista a experiência histórica colhida nos anos do regime militar, a Constituição de 1988 procurou restringir a competências da Justiça Militar aos julgamentos dos crimes militares definidos em lei”. Sendo aprovada a Emenda Constitucional número 45/2004, retirando da Justiça Militar a competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, tal alteração legislativa incluiu o que já havia sido disposto na Lei

9.299/96, introduzindo o parágrafo único no artigo 9º do CPM, mudando a competência da Justiça Militar para a Justiça Comum.

Com a aprovação da lei ordinária 13.491/17 exsurgiram pontos bastante polêmicos acerca de sua (in) constitucionalidade, sendo um deles a transferência novamente para a Justiça Militar dos delitos dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, alterando o proposto na EC/04, que passaram a ser de competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto do art. 9º § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b” e “c” do Código Castrense, o que ensejou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com pedido de concessão de medida cautelar por parte do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

No tocante a Justiça Militar Estadual nada mudou:

Ao contrário do que sucede com a Justiça Militar da União, cujo âmbito de incidência, por expressa previsão constitucional – art. 124, caput, da CF/88 –, abrange também os civis, a competência da Justiça Militar Estadual abrange apenas os policiais e os bombeiros militares. (COIMBRA; STREIFINGER 2012, p.121)

Vale mencionar que contrapondo a crescente idéia nos últimos anos de aumento da competência da Justiça Militar, a Procuradoria Geral da República (PGR) no ano de 2013 ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 289, com pedido de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar Federal para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça Comum, federal ou estadual.

4 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro é estruturado através de um sistema hierárquico de normas, influência marcante do grande jurista Hans Kelsen, figurado pela famosa pirâmide Kelsiana, onde em seu topo se localiza a norma maior ou norma constitucional, seguida abaixo de maneira vertical pelas demais espécies normativas, como a exemplo leis e decretos, as quais devem se encontrar em total consonância com a previsão constitucional, destarte quando isso não ocorrer serão denominadas de inconstitucionais.

Acentua Lenza (2017, p. 239):

Desse princípio, continua o mestre, resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Nos dizeres de Moraes (2007, p. 674):

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Ocorrendo a observação de incompatibilidade de uma espécie normativa com o texto constitucional, deverá à norma contraditória sofrer controle de constitucionalidade, tal sanção se faz necessária pelo próprio respeito ao fiel cumprimento do texto constitucional, protegendo com este feito a própria segurança jurídica.

Tal argumento é clarividente nas lições de Mendes; Gonet (2014, p. 1025), “Em verdade é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente.”

Em análise do assunto observa-se ser: “Desta forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre pode modificá-la ou suprimi-la.” (MORAES, 2007, p. 674).

Basicamente o Controle de Constitucionalidade é análise ou verificação de compatibilidade ou adequação de leis ou atos normativos com uma Constituição,

sendo requisitos fundamentais uma constituição rígida e atribuição de competência a um órgão para resolução de problemas de constitucionalidade.

Como afirma Lenza (2017, p. 239):

Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão esse que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

No Brasil o controle de constitucionalidade é desempenhado pelos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que os dois primeiros exercem o controle preventivo, o Legislativo nas (CCJ's) Comissão de Constituição Cidadania e Justiça, onde o projeto é analisado sob o viés constitucional antes de seguir para votação em plenário, no executivo é exercido pelo Chefe do Executivo através do veto jurídico, ficando a cargo do Judiciário tanto o controle preventivo através de mandado de segurança impetrado por parlamentar, quanto o controle repressivo, quando após o projeto de lei passar por aprovação no Legislativo, o Executivo o sanciona, e se tal lei for objeto de questionamentos quanto a sua constitucionalidade, caberá ao Poder Judiciário analisar e declarar seu vício.

Quanto ao Controle Repressivo no Brasil grandes doutrinadores entenderam por ser misto, sendo o primeiro denominado Controle Concentrado ou Abstrato, o qual é realizado somente pelo Supremo Tribunal Federal possuindo eficácia *erga omnes*, ou seja, com efeito válido para todos, e o outro Controle Difuso realizado por todos os Tribunais e Juízes, com última instância de apreciação no próprio STF, com chamado efeito interpartes, restrito somente as partes que participaram da ação, segundo Moraes (2007, p. 683), “No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa”. Nos dizeres de Lenza (2007, p. 250): “[...] Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado [...]” Quanto as formas de Controle de Constitucionalidade Concentrado ou Abstrato, existem a (ADI) Ação Direta de Inconstitucionalidade, (ADC) Ação Declaratória de Constitucionalidade, (ADPF) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e (ADO) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem o conceito básico de recurso processual pelo qual se provoca o Supremo Tribunal Federal (STF) para se manifestar acerca de determinada lei ou ato normativo. De acordo com Lenza (2017, p. 305), “O que se

busca com a ADI genérica é o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo, sendo esse controle realizado em tese, em abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.” Conforme Moraes (2007, p. 706), “Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Já em relação aos legitimados para propositura de ADI descreve:

Tal como assinalado, nos termos de art. 103 da CF de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia legislativa, o Governador do Estado, o governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da república, o Conselho Federal da OAB, partidopolítico com representação no Congresso Nacional e as confederações dindicais ou entidadesde classe no âmbito nacional. (MENDES; GONET, 2014, p.1132)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), como próprio já diz, busca de forma a declarar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal.

Assim ensina Lenza (2017, p.396):

Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Indaga-se: mas toda lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (juris tantum) de toda lei ser constitucional. Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos da ADI genérica ou do controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A (ADC) foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por força da Emenda Constitucional Nº 3, de 17 de Março de 1993.

Conforme menciona Moraes (2007, p. 743):

A emenda constitucional nº 3, de 17-3-1993, introduziu em nosso ordenamento jurídico constitucional uma nova espécie dentro do controle de constitucionalidade que posteriormente sofreu alteração com a EC nº 45/03, a ação declaratória de constitucionalidade.

Caberá Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), “A arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível, nos termos da lei em comento, seja na modalidade de arguição autônoma (direta), seja na hipótese de arguição incidental”. (LENZA, 2017, p.401).

Tal ação esta prevista em norma de eficácia limitada conforme Moraes (2007, p. 751), “Trata-se, portanto, de norma constitucional se eficácia limitada, que

depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.”

Também existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), tal ação tem como objetivo efetivar norma constitucional em razão de omissão ou morosidade de qualquer dos Poderes, bem como órgão administrativo.

Assim ensina Mendes; Gonet (2014, p. 1179). “Objeto desse controle abstrato de inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”.

A seguir será abordado quanto ao momento do Controle de Constitucionalidade e suas características.

4.1 Quanto ao momento

Em relação ao momento do controle de constitucionalidade como já mencionado anteriormente no Brasil é desempenhado da seguinte forma, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem o controle preventivo, sendo o Legislativo através das (CCJ's) Comissão de Constituição Cidadania e Justiça, onde o projeto é analisado sob o viés constitucional antes de seguir para votação em plenário, já no Poder Executivo é exercido pelo Chefe do Executivo através do veto jurídico, como já estudado no subtítulo anterior o Poder Judiciário realiza tanto o controle preventivo quanto o repressivo, sendo este último de natureza concentrada ou difusa.

Em relação ao Controle Preventivo pelo Judiciário destaca Lenza (2017, p. 260-261):

O controle prévio ou preventivo de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário sobre PEC ou projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental.

Há entendimento de alguns doutrinadores que o Poder Legislativo também exerce o Controle Repressivo, sendo um nos termos do art. 49, inc. V, da CFRB/88. Nesse mesmo entendimento doutrinário também se posiciona Moraes (2007, p. 682). “A primeira hipótese refere-se ao art. 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

A outra forma seria através do art. 62 da Constituição Federal de 1988, acerca da espécie normativa denominada Medida Provisória.

Destaca que:

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional. (MORAES, 2007, p.683).

No mesmo entendimento descreve Lenza (2017, p. 266):

Vimos que o controle posterior ou repressivo (sucessivo) no Brasil, por regra, é exercido pelo Poder Judiciário, de forma concentrada ou difusamente. A essa regra, no entanto, surgem exceções, fixando-se hipóteses de controle posterior ou repressivo pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. A primeira exceção à regra geral do controle posterior jurisdicional misto (difuso e concentrado) vem prevista no art. 49, V, da CF/88, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

O momento do controle de constitucionalidade tem íntima ligação com o órgão competente para exercê-lo, o que será discorrido no subtítulo seguinte.

4.2 Quanto à natureza do órgão

Como estudado nos parágrafos anteriores, o controle de constitucionalidade poderá ser exercido tanto pelos órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme o momento em que se verificar a necessidade. Para determinada norma incorporar o ordenamento jurídico se faz necessário passar pelo crivo de procedimentos previstos na CFRB/88, assim ensina, “[...] processo legislativo constitucional são corolários; desta forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente.” (MORAES; 2007 p. 681).

Logo que nasce um projeto de lei este deve ser preventivamente submetido a uma CCJ para análise, afirma Lenza (2017, p. 259), “O Legislativo verificará, através de suas comissões de constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade”.

Neste mesmo sentido denota Moraes (2007 p 681):

A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.

Ainda reafirma Lenza (2017, p. 259):

De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (vide Res. da CD n. 20, de 2004 — DCD. de 18.03.2004, Suplemento, p. 3), enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania — CCJ, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. O plenário das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações.

Seguindo o projeto de lei aprovado nas duas casas legislativas para aprovação do executivo, surgiu o outro importante mecanismo de controle de constitucionalidade preventivo, o veto.

Assim menciona:

A segunda hipótese encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art. 66, § 1º). É o chamado veto jurídico. Assim, no Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado sempre dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça) e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico). (MORAES, 2007, p. 682).

Ainda poderá o Chefe de o Executivo vetar projeto de lei em razão de entender que este ferirá interesse público, tal ação é denominada veto político, como explica Lenza (2017, p. 260), “O veto dar-se-á quando o Chefe do Executivo considerar o projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público. O primeiro é o veto jurídico, sendo o segundo conhecido como veto político”.

Em sua grande maioria os grandes doutrinadores entenderam ser misto o controle de constitucionalidade repressivo no Brasil, subdividindo em Controle Concentrado ou Abstrato, o qual é realizado somente pelo Supremo Tribunal Federal possuindo eficácia erga omnes, ou seja, com efeito válido para todos, e o outro Controle Difuso realizado por todos os Tribunais e Juízes, com última instância de apreciação no próprio STF, com chamado efeito interpartes, restrito somente as partes que participaram da ação, segundo Moraes (2007, p. 683), “No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa”. Nos dizeres de Lenza (2007, p. 250): “[...] Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado [...]”.

Como anteriormente estudado, existem entendimentos de alguns doutrinadores que o Poder Legislativo também exerce o Controle Repressivo, sendo

um nos termos do art. 49, inc. V, da CFRB/88. Nesse mesmo entendimento doutrinário também se posiciona Moraes (2007, p. 682). “A primeira hipótese refere-se ao art. 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

A outra forma seria através do art. 62 da Constituição Federal de 1988, acerca da espécie normativa denominada Medida Provisória.

Destaca que:

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional. (MORAES, 2007, p.683).

No mesmo entendimento descreve Lenza (2017, p. 266):

Vimos que o controle posterior ou repressivo (sucessivo) no Brasil, por regra, é exercido pelo Poder Judiciário, de forma concentrada ou difusamente. A essa regra, no entanto, surgem exceções, fixando-se hipóteses de controle posterior ou repressivo pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. A primeira exceção à regra geral do controle posterior jurisdicional misto (difuso e concentrado) vem prevista no art. 49, V, da CF/88, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Já em relação ao Controle Preventivo pelo Judiciário destaca Lenza (2017, p. 260-261):

O controle prévio ou preventivo de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário sobre PEC ou projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental.

No próximo subtítulo será abordada a questão da competência, principalmente no que tange ao controle repressivo na forma difusa e concentrada realizado pelo Poder Judiciário.

4.3 Quanto à competência

O controle de constitucionalidade repressivo no Brasil realizado pelo Poder Judiciário é misto, sendo exercido tanto na forma concentrada como difusa.

Conforme o texto da Constituição Federal da República de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (BRASIL, 2018)

Ainda previsto na CFRB/88:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL, 2018)

O controle difuso com chamado efeito interpartes, restrito somente as partes que participaram da ação, é conhecido também como controle por via de exceção ou defesa é caracterizado pela permissão a qualquer juiz ou tribunal de realizar análise acerca da compatibilidade de lei ou ato normativo com a CFRB/88, como ensina Lenza (2017, p.271), “O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade”, segundo juristas é fruto da influência norte-americana no famoso caso *Madison versus Marbury*.

Como destacado a seguir:

A idéia de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo. (MORAES, 2017, p. 684).

Assim afirma Lenza (2017, p. 272), “Mesclando as duas classificações, verifica-se que, regra geral, o sistema difuso é exercido pela via incidental, destacando-se, aqui, a experiência norte-americana, que, inclusive, influenciou o surgimento do controle difuso no Brasil.” Entretanto deve ser observada regras de competência processual, alusivas ao processo civil, como apontado a seguir, “[...] Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.” (LENZA, 2017, p. 271).

Ainda exemplifica Lenza (2017, p. 272):

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o

desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!

Todavia se deve atentar para o previsto no art. 97 da CF/88, que trata da cláusula de reserva de plenário como condição de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estatal.

Assim em análise do assunto, observa-se ser:

Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado. (MORAES, 2007, p. 687).

Partindo do pressuposto que o processo começou em primeira instância, sendo interposto recurso de apelação para o tribunal competente como regras de observância do processo civil, a parte sucumbente poderá devolver a análise da matéria ao tribunal ad quem.

Leciona Lenza (2017, p. 274):

No tribunal competente, distribuído o processo para turma, câmara ou seção (depende da organização interna do tribunal a ser estabelecida em seu regimento interno), arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão ao referido órgão fracionário ao qual competir o conhecimento do processo, que poderá proferir duas decisões: rejeitar a arguição: o julgamento prosseguirá; acolher arguição: a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Quanto ao controle concentrado, o qual é realizado somente pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo eficácia *erga omnes*, ou seja, com efeito válido para todos, se procede de maneira diferente do controle difuso onde a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, julgando procedente ou improcedente o pedido formulado, tendo em vista à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, neste caso a inconstitucionalidade não é o pedido, mas sim a causa de pedir.

Assim descreve Lenza (2017, p. 301):

Por outro lado, no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo principal e é o próprio pedido formulado na ação (ADI) que se fundamenta em violação formal ou material à Constituição. Por exemplo, uma lei que cria cargo sem a observância do princípio do concurso público é inconstitucional por violar o art. 37. II, da CF/88.

As formas de controle de constitucionalidade concentrado são a (ADI) Ação Direta de Inconstitucionalidade, (ADC) Ação Declaratória de Constitucionalidade,

(ADPF) Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e (ADO) Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão. A Ação Direita de Inconstitucionalidade tem o conceito básico de recurso processual pelo qual se provoca o Supremo Tribunal Federal (STF) para se manifestar acerca de determinada lei ou ato normativo. De acordo com Lenza (2017, p. 305), “O que se busca com a ADI genérica é o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo, sendo esse controle realizado em tese, em abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração”. Conforme Moraes (2007, p. 706), “Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.”

O estudo do próximo tópico tratou da inconstitucionalidade das leis quanto ao seu aspecto formal e material, destarte durante o processo legislativo de projeto de lei ou outra espécie legislativa, como anteriormente já observado neste trabalho, deverão sempre ser observados requisitos trazidos no bojo da nossa constituição, sem os quais exsurgirão vícios que comprometerão a compatibilidade da lei ou ato normativo com nosso diploma maior.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A doutrina constitucional estabelece análise das espécies normativas previstas no artigo 59 da CFRB/88, e sua correta classificação quanto a sua inconstitucionalidade mediante aspecto formal e material.

Todavia a doutrina também denomina:

No tocante ao vício formal e material, a doutrina também tem distinguido as expressões nomodinâmica e nomoestática, respectivamente, para a inconstitucionalidade. Na medida em que o vício formal decorre de afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo, isso nos dá a ideia de dinamismo, de movimento. Por sua vez, o vício material, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substância, estático. (LENZA, 2017, p.252).

Dessarte um ato normativo, lei ou mesmo projeto de emenda constitucional (PEC), poderá possuir vício material quando dispuser de forma contrária ao previsto no texto da Constituição Federal/88, ou seja, se existir algum projeto de lei tramitando no Congresso Nacional com objetivo de, por exemplo, criação de prisão perpétua, haverá clara inconstitucionalidade em razão de vício material por ofensa ao art. 5º XLVII - não haverá penas, alínea “b” de caráter perpétuo. Por outro lado caso ocorra iniciativa de lei por parte do Congresso Nacional a qual pertença ao Executivo, como o previsto no art. 61 da CFRB/88 § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas, neste caso ocorrerá inconstitucionalidade por vício formal.

5.1 Inconstitucionalidade formal

A inobservância de regra estabelecida no texto constitucional de processo legislativo tem como causa inconstitucionalidade formal, como afirma Mendes; Gonet (2014, p. 1038), “Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”.

Neste pensamento também é Moraes (2007, p. 676):

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade, por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

Destaca Lenza (2017, p. 252):

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

Far-se-á necessário mencionar dentro do aspecto formal a existência de requisitos subjetivos e objetivos, sendo o primeiro relativo à fase introdutória do processo legislativo, se tratando de questão de iniciativa, como se vê adiante, “Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade”. (MORAES, 2007, p. 676).

Em relação ao critério objetivo ainda ensina Moraes (2007, p. 677):

Referem-se a duas fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar todo o trâmite constitucional previsto no arts. 60 a 69. Por exemplo, um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados, e no Senado Federal, sancionado, promulgado e publicado, apresenta um vício formal objetivo de inconstitucionalidade, uma vez que foi desrespeitado o quorum mínimo de aprovação, previsto no art. 69, qual seja a maioria absoluta.

Acerca do assunto também discorre:

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores. (LENZA, 2017, p.253).

Se evidência que na criação de espécie normativa, o respeito pelo processo legislativo e seu critério formal é de suma importância, sob pena de declaração de inconstitucionalidade da norma pretendida ao ingresso no ordenamento jurídico, contudo ainda se deve também atentar pela observância do aspecto material, acerca deste assunto o estudo tratou no subtítulo seguinte.

5.2 Inconstitucionalidade material

O Poder Público deverá sempre pautar sua conduta sob a ótica do princípio da legalidade, observando as normas constitucionais como prioridade, e fundamento do Estado Democrático de Direito, e sob o viés deste princípio, o nascedouro de uma lei ou espécie normativa, tem que estar em completa harmonia com a

constituição, ou seja, além de ser observado o seu aspecto formal quanto ao processo legislativo, também deverá ser respeitado à materialidade. Assim leciona Mendes; Gonet (2014, p. 1040), “A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou excesso de poder legislativo”. Também descreve Moraes (2007, p. 677), “Trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a Constituição Federal.”

Lenza (2017, p.255) conceitua:

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.

Assim caso o projeto de lei passe pelo Congresso Nacional mesmo tendo vícios, poderá submeter ao veto do Presidente da República, por entendê-lo inconstitucional, realizando assim controle preventivo por parte do Poder Executivo.

Como previsto na Constituição Federal de 1988:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Entretanto caso o executivo sancione o projeto de lei, mesmo com vícios de inconstitucionalidade tanto formal como material, caberá ao judiciário realizar o controle repressivo difuso ou concentrado.

6 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/17

O Processo Legislativo é um conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis sejam elas emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, bem como as resoluções e decretos legislativos, o procedimento de elaboração legislativa encontra-se regulamentado na Constituição Federal de 1988, dentro da subseção I, II e III da seção V.

Contudo com um olhar voltado mais especificamente à espécie normativa denominada lei ordinária, após a fase de aprovação no Congresso Nacional, o projeto de lei segue para o chefe do Poder Executivo sanciona-lo ou veta-lo, neste sentido direcionado a pesquisa, chamar-se-á atenção mais precisamente para o veto, que segundo Cunha Junior (2014, p, 828-829). “É a discordância formal, expressa e motivada do Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público.” Ressalta-se que o veto por motivo de inconstitucionalidade é também conhecido pela doutrina como veto jurídico, já o veto por interesse público como político.

Conforme defendido por Moraes (2007, p.68):

A segunda hipótese encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art. 66 § 1º). É o chamado veto jurídico. Assim, no Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça, e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico).

Acerca do veto presidencial:

O veto também não pode se converter em um instrumento abusivo e autoritário de maneira que o Executivo impeça iniciativas democráticas do Legislativo, por esta razão o veto deve vir sempre fundamentado e devidamente justificado, em detrimento de se comprometer o necessário equilíbrio no sistema de freios e contrapesos consagrado pela Constituição de 1988. (CUNHA JUNIOR, 2014, p.829).

Segundo as lições constitucionais de Chimenti; Capez; Rosa; Santos (2007, p. 275) assinalam:

O veto que é irreatável, em relação ao seu alcance ou extensão, poder ser total, quando recai sobre todo o projeto de lei, ou mesmo parcial, nesse último quando incide sobre o texto integral de um artigo, de um parágrafo, de um inciso ou de uma alínea, não cabendo mais veto parcial sobre palavra ou grupo de palavras, o que muitas vezes alterava completamente o

sentido de um texto. Cabe ao Congresso reexaminar apenas a parte vetada, enquanto o restante do projeto, que está sancionado tácita ou expressamente deve ser promulgado entrando em vigor na data prevista.

Com a aprovação da lei 13.491/2017 na data de 13 de outubro de 2017, que alterou o art. 9º inc. II, e o § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do Decreto Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969, Código Penal Militar, denotou-se problemas desde sua apresentação na casa iniciadora, os quais não foram sanados na casa revisora, seguindo para o Poder Executivo, onde a lei foi sancionada após ocorrer o veto parcial em seu art. 2º, o que suscitou indagações acerca de sua (in) constitucionalidade.

Com objetivo de alterar a jurisdição competente para julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares em serviço, nasceu o Projeto de Lei n. 5.768/16 de autoria do Deputado Federal Esperidião Amin do PP - SC, que originou a Lei n. 13.491/17, durante sua tramitação foi apresentado pelo Relator Deputado Júlio Lopes, à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, um voto de forma a acrescentar um art. 2º ao referido diploma normativo, a fim de que a mudança de competência perdurasse até o dia 31 de dezembro de 2016, sob a justificativa de que em razão da excepcionalidade da realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Rio de Janeiro, tais alterações se faziam necessárias e meritórias, complementando na proposição a inserção da cláusula de vigência até a data de 31 de Dezembro de 2016, motivo este que após sua aprovação no Congresso Nacional, a Lei n. 13.491/17 trazia em seu bojo, o art. 2º, com a seguinte redação "Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia à legislação anterior por ela modificada." (BRASIL, 2017).

Todavia o dispositivo foi vetado pelo Presidente Michel Temer, sob a motivação de que as hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas no projeto de Lei 13.491/17, não justificam o caráter transitório, o que acarretaria insegurança jurídica, pois o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a matéria, entretanto não seria adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, o que seria interpretado como estabelecimento de um tribunal de exceção, expressamente vedado pelo art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal de 1988.

Desponta-se a grande polêmica acerca da Lei n. 13.491/17; haveria possibilidade de que o Presidente da República vetasse o art. 2º transformando uma lei temporária em permanente? O que em primeira análise pode-se entender que o veto apresentado pelo Presidente da República estaria em perfeita conformidade com o art. 66, § 2º, da Constituição Federal de 1988, onde prevê que o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, e o artigo em comento foi vetado em sua integralidade, e não de maneira parcial, ademais plenamente justificado o veto jurídico porquanto não poderia ser admitida mudança temporária de competência, o que ensejaria a criação de um verdadeiro tribunal de exceção.

Contudo por mais que tenha havido veto integral de um artigo, não parece à razão caminhar pela constitucionalidade da lei.

Conforme o entendimento de Lima, (2018, p. 370):

Sob pena de se admitir que o Presidente da República modifique, por completo, aquilo que fora aprovado pelo Congresso Nacional. Bem ou mal – Já Dissemos que andou muito mal -, fato é que o Projeto de Lei previa mudança temporária de competência, e ao vetar o art. 2º, O Presidente da República conferiu a essa mudança uma natureza definitiva, permanente, desnaturando aquilo que fora aprovado pelo Poder Legislativo.

Ainda conforme Lima, (2018, p. 367) “[...] seria como tivesse retirado o ‘não’ de um artigo de lei, mudando completamente o sentido do texto, e admitir tamanha ingerência no Processo Legislativo por parte do Poder Executivo, caracteriza evidente violação ao princípio da separação de poderes, (CF. art. 2º). Há de ser reconhecida, portanto, a inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.491/17[...].”

Nesse sentido, aliás, a própria lição do Presidente Temer, (2008 p.143-144) observa:

Assim o fundamento doutrinário que alicerça a concepção de que o veto parcial deve ter maior extensão, suporta-se na ideia de que vetando palavras ou conjunto de palavras, o Chefe do Executivo pode desnaturar o projeto de lei, modificando o seu todo lógico, podendo, ainda, com esse instrumento, legislar. Basta – como – se disse – vetar advérbio negativo. Data vênia, não é bom esse fundamento, uma vez que: a) o todo lógico da lei pode desfigura-se também pelo veto, por inteiro, do artigo, do inciso, do item ou da alínea. E até com maiores possibilidades; b) se isto ocorrer – tanto em razão do veto da palavra ou de artigo - o que, verifica é usurpação de competência pelo Executivo, circunstância vedada pelo art. 2º da CF [...].

Destarte aprovada, mesmo com o pesar de seus embaraços, a Lei 13.491/17 trouxe alterações relevantes em relação ao importante instituto processual penal que é a competência, vislumbra-se que em relação à Justiça Militar da União e dos Estados, a Constituição da República outorgou em seus artigos 124 e 125 a

definição do conceito de crime militar à lei, porém em se tratando de matéria relativa à competência, tema concernente ao direito processual, e não ao direito material, era de se esperar que o referido conceito constasse no Decreto Lei 1.002 de 1969, Código de Processo Penal Militar, mas por opção legislativa sua definição aparece no texto do Código Penal Militar, o que não autoriza a conclusão no sentido de que se trata de norma de direito material, à qual seria aplicável, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, e jamais o princípio da aplicação imediata.

Salienta que:

O conceito de crime militar constante do art. 9º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar, funciona como verdadeiro exemplo de norma heterotópica. [...] há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, portanto retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto, inseridas em leis materiais são dotadas de conteúdo processual. Dentre as quais são aplicadas de forma imediata (*tempus regit actum*), é aí que surge o fenômeno da heterotopia, ou seja, situação em que o conteúdo da norma confere-lhe uma determinada natureza, embora se encontrando prevista em diploma de natureza distinta. (LIMA, 2018, p.367).

Entretanto por se tratar de lei processual que altera regras de competência, a Lei 13.491/17 deve ter aplicação imediata aos processos em andamento, salvo se já houver sentença relativa ao mérito, hipótese de supressão do tribunal que deveria julgar o recurso, ainda no entendimento de Lima (2018, p. 367) “[...] Aplica-se o art. 43 do NCP, subsidiariamente ao processo comum e militar, determinando-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, pouco importando mudanças relativas ao estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta [...]”

Por consequência se o crime praticado por militar em serviço previsto na legislação penal, antes considerado crime comum, estava em tramitação na Justiça Comum, com o advento da lei 13.491/17 deverá provocar a imediata remessa do feito à Justiça Militar da União ou Estados, o que se aplica também a civil em relação à JMF, pois a primeira vista fica a impressão de que a alteração legislativa ficou restrita ao inciso II do artigo 9º; que trata de crimes militares cometidos por militares da ativa.

De acordo com as lições de Lima (2018, p.367) assinala:

Porém não se pode esquecer que ao se referir a crimes militares que tem como sujeito ativo o civil, o inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar, preceitua que serão considerados crimes militares aqueles praticados contra instituições militares, considerando-se que tais crimes não só os

compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos casos ali mencionados, o que se percebe, o inciso III do artigo 9º do CPM traz para si o conceito de crimes militares do inciso II, logo a alteração legislativa produzida neste inciso, também irá repercutir sobre o inciso III, onde se conclui que os crimes militares cometidos por civis da competência da Justiça Militar da União, abrangem não só os previstos no Código Militar, mas os previstos na legislação especial.

Entretanto se deve ter em mente ao verdadeiro conteúdo da norma que alterou a competência, pois se esta traz em seu bojo carga penal, sendo prejudicial ao acusado (*Lex gravior*), não se deve falar em aplicação imediata, o que contraria o princípio da irretroatividade penal, ao que pese o Código Penal Militar não prevê institutos despenalizadores da lei 9.099/95 como a Composição Civil dos Danos, Transação Penal, e a Suspensão Condicional do Processo.

Outro ponto bastante polêmico desta lei, diz acerca da transferência de competência do Tribunal do Júri nos delitos dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, que passaram a ser de competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto do art. 9º e 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b” e “c” do Código Castrense, o que ensejou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com pedido de concessão de medida cautelar por parte do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), partido político com representação no Congresso Nacional, segundo o qual a proposta de alteração de competência do Tribunal do Júri, destoa da previsão da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, o qual reconhece a instituição do Júri como garantia fundamental, assegurando-lhe “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Tratando-se, portanto, de competência constitucionalmente estabelecida, apenas o próprio texto constitucional pode excepcioná-la, e jamais uma norma infraconstitucional.

Contra-pondo-se a este entendimento acerca da diferença entre Justiça Militar Federal e Estadual, Lima (2018, p.371) menciona “[...] que a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgamento de eventuais crimes dolosos contra vida cometidos por militares estaduais em serviço contra civil, em razão do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 45/04 [...]. Em sentido diverso o art. 124 da CF/88 não contempla ressalva semelhante ao tratar de competência da Justiça Militar da União, o que deliberou a Lei 13.491/17 para processar e julgar crimes dolosos contra vida cometidos por militares federais contra civis [...]”.

Ressalta-se quando praticados no contexto do art. 9º § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b” e “c” do Código Castrense.

Faz-se oportuno mencionar que segue no STF para apreciação, a ADPF n. 289, ajuizada pelo PGR, cuja finalidade é dar interpretação constitucional ao art. 9º inc. I e III do Código Penal Militar, para que seja reconhecida a incompetência da JM para julgar civis em tempo de paz, e que para tais crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça Comum, Federal ou Estadual, e a Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.032 que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 15, § 7º, da LC 97/99, que inseriu na competência da Justiça Militar o julgamento de crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas, além da mencionada ADI 5.901 de 2018, proposta pelo PSOL.

7 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5901

Conforme determina a Constituição Federal de 1988, em seu art. 103, “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, inciso VIII - partido político com representação no Congresso Nacional”, o PSOL peticionou neste ano de 2018 uma Ação Direita de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, (ADI) NR 5901/18, objetivando declarar a inconstitucionalidade da Lei 13.491/17, que alterou o art. 9º inc. II, e o § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do Decreto Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969, Código Penal Militar.

Conforme ADI NR 5901(2018, p.3):

A presente ação insurge-se especialmente contra o art. 9º, §2º e seus incisos, em suma porque a Lei deixa de preservar a autoridade do júri (cláusula pétrea) rompe as regras de julgamento penal imparcial (ausência de justiça), fere o princípio da igualdade perante a lei (privilegio de uma categoria ou segmento social em detrimento da coletividade), relativiza do devido processo legal e, por fim, a ação se baseia nas normas internacionais de direitos humanos.

Como outrora observado foi notório a ampliação da competência da Justiça Militar no que tange aos crimes militares impróprios, fato inclusive tratado nos capítulos anteriores deste trabalho, contudo no caso em especial da Justiça Militar da União quanto aos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares federais contra civis, houve ao que parece uma retomada de competência, basta para isso observar a Emenda Constitucional número 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, que inclusive retirou da Justiça Militar a competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, incluindo o que já havia sido disposto na Lei 9.299/96, introduzindo o parágrafo único no artigo 9º do CPM, mudando a competência da Justiça Militar para a Justiça Comum.

O art. 5º, inc. XXXVIII da CFRB/88 é clarividente com relação à competência do Tribunal do Júri nos crimes dolosos, como se vê, “é reconhecida à instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

A CFRB/88 em se art. 125, também dispõe:

[...] § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando

a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.[...]

Apesar do art. 125 da CFRB/88 tratar dos militares estaduais, segundo a proposição da ADI 5901/18, o constituinte almejou, no entanto reafirmar a competência do tribunal do júri no caso dos crimes dolosos contra a vida de maneira geral.

Conforme se observa:

Embora tal dispositivo se aplique apenas aos militares estaduais, a ideia nele contida deixa muito clara a opção do constituinte em reafirmar a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ainda que praticados por militares contra civis. O próprio parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar também já estabelecia que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum” (texto vigente à época). (ADI NR 5901,2018, p.3).

Na respectiva ADI, ainda foi sucitado a questão também anteriormente discutida por este estudo, acerca do veto presidencial, a qual transformou projeto de lei de caráter temporário em permanente, substituindo a vontade do legislador.

Como se pode ver adiante:

Conforme se percebe, portanto, embora o Poder Legislativo tenha aprovado uma norma de caráter temporário, houve por bem o chefe do Poder Executivo, substituindo a vontade do legislador, transformar, por intermédio do veto, o texto submetido à sua apreciação em uma norma de caráter permanente, por entender que “o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão”. (ADI NR 5901,2018, p.14).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade NR 5901 foi distribuída, sendo seu relator o Ministro Gilmar Mendes, e segue aguardando julgamento, porém conforme descrito no site do MPF, no dia 25 de Junho de 2018 a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, enviou manifestação ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que seja declarada a inconstitucionalidade da lei 13.491/2017, em razão do deslocamento de competência dos crimes dolosos contra vida cometidos contra civil praticados por militares das Forças Armadas.

Segundo o site do Ministério Público Federal:

Ressalta o princípio da igualdade como mais um indicativo da inconstitucionalidade do dispositivo. Segundo ela, a mesma lógica, que expressamente impôs a competência do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida praticados por militares dos estados contra civis, deve ser aplicada aos militares federais.

Vale ressaltar que ainda tramita no STF ADI NR 5032 de 2013, de autoria da PGR que visa declaração de inconstitucionalidade da norma que inseriu

competência da Justiça Militar no julgamento de crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas, na chamada Garantia da Lei e Ordem (GLO), na defesa civil, no patrulhamento de áreas de fronteira e quando requisitadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo buscou analisar as consequências da aprovação da Lei 13.491/17 após sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os vícios oriundos de seu trâmite no processo legislativo, culminando com o veto jurídico parcial do Presidente da República ao seu artigo 2º, alterando uma lei que nasceu com carácter temporário em uma lei permanente.

Embora a primeira vista se possa entender que o veto apresentado pelo Presidente da República estaria em perfeita conformidade com o art. 66, § 2º, da CFRB/, fato é que embora defectivo o projeto de Lei 13.491/17 tinha como escopo a mudança temporária de competência, destarte sob o olhar do artigo 2º da CFRB/88 e observância do princípio da separação de poderes, portanto o mais acertado seria por parte do chefe do executivo o veto jurídico total ao projeto de lei conforme art. 66, § 1º da CFRB/88.

Todavia o dispositivo foi vetado pelo Presidente Michel Temer, sob a motivação de que as hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas no projeto de Lei 13.491/17, não justificam o carácter transitório, o que acarretaria insegurança jurídica, pois o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a matéria, entretanto não seria adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, o que seria interpretado como estabelecimento de um tribunal de exceção, expressamente vedado pelo art. 5º, inciso XXXVII da CFRB/88.

Conclui-se que com aprovação da Lei 13.491/17, mesmo com o pesar de seus embaraços, ocasionaram alterações relevantes em relação à matéria de competência, sabe-se que a Constituição da República outorgou à Justiça Militar da União e dos Estados em seus artigos 124 e 125 a definição do conceito de crime militar à lei, porém em se tratando de matéria relativa à competência, tema concernente ao direito processual, e não ao direito material, era de se esperar que o referido conceito constasse no Decreto Lei 1.002 de 1969, Código de Processo Penal Militar, mas por opção legislativa sua definição aparece no texto do Código Penal Militar, fenômeno da heterotopia, entretanto não autoriza a conclusão no sentido de que se trata de norma de direito material, à qual seria aplicável o princípio

da irretroatividade da lei penal mais gravosa, e jamais o principio da aplicação imediata, mas por se tratar de lei processual que altera regras de competência, a Lei 13.491/17 deve ter aplicação imediata aos processos em andamento, salvo se já houver sentença relativa ao mérito, hipótese de supressão do tribunal que deveria julgar o recurso, por consequência se o crime praticado por militar em serviço previsto na legislação penal, antes considerado crime comum, estava em tramitação na Justiça Comum, com o advento da lei 13.491/17 deverá provocar a imediata remessa do feito à Justiça Militar da União ou Estados, o que se aplica também a civil em relação à Justiça Militar Federal, pois a primeira vista fica a impressão de que a alteração legislativa ficou restrita ao inciso II do artigo 9º; que trata de crimes militares cometidos por militares da ativa.

Contudo se deve atentar ao verdadeiro conteúdo da norma que alterou a competência, pois se esta traz em seu bojo carga penal, sendo prejudicial ao acusado (*Lex gravior*), não se deve falar em aplicação imediata, o que contraria o principio da irretroatividade penal, ao que pese o Código Penal Militar não prevê institutos despenalizadores da lei 9.099/95 como a Composição Civil dos Danos, Transação Penal, e a Suspensão Condicional do Processo.

Outro ponto bastante polêmico da lei 13.491/17 foi à transferência de competência do Tribunal do Júri nos delitos dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, que passaram a ser de competência da Justiça Militar da União, quando praticados no contexto do art. 9º § 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b” e “c” do Código Castrense, o que ensejou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com pedido de concessão de medida cautelar por parte do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), partido político com representação no Congresso Nacional, segundo o qual a proposta de alteração de competência do Tribunal do Júri, destoa da previsão da CFRB/88, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, o qual reconhece a instituição do Júri como garantia fundamental, assegurando-lhe a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, se tratando, portanto, de competência constitucionalmente estabelecida, apenas o próprio texto constitucional pode excepciona-la, e jamais uma norma infraconstitucional.

Com o advento da aprovação da Lei 13.491/17 princípios constitucionais como o da separação de poderes foram ofendidos, tanto em relação à matéria proposta, como em razão da sua formalidade durante o tramite no processo

legislativo, quando ocorrera o veto parcial ao seu art. 2º por parte do Presidente da República, mudando o todo lógico da lei proposta e aprovada pelo Congresso Nacional, mesmo acertada a motivação sob o enfoque da ofensa ao art. 5º, inciso XXXVII da CFRB/88, pelo estabelecimento de competência de tribunal com limitação temporal, o mais acertado seria por parte do chefe do executivo o veto jurídico total ao projeto de lei conforme art. 66, § 1º da CFRB/88, devido ao zelo e observância do princípio da separação de poderes. O próprio Presidente Michel Temer em seu livro intitulado Elementos de Direito Constitucional afirma que o alicerce doutrinário que prevê que vetando palavras ou conjunto de palavras, o Chefe do Executivo pode desnaturar o projeto de lei ao modificar seu sentido, pode inclusive ocorrer ao vetar dispositivo de artigo inteiro, mesmo que previsto na constituição, o tornando legislador positivo, tendo por consequência usurpação de competência expressamente vedada pelo art. 2º da CFRB/88. A alteração de competência no caso dos crimes dolosos cometidos contra civil por militares das forças armadas quando praticados no contexto do art. 9º £ 2º inc. I, II, e III alíneas “a”, “b” e “c” do CPM, também se mostra contrária ao disposto no texto constitucional conforme art. 5º, inc. XXXVIII da CFRB/88, evidenciada pela EC nº 45/2004, a qual retirou da Justiça Militar a competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, incluindo o que já havia sido disposto na Lei 9.299/96, introduzindo o parágrafo único no artigo 9º do CPM, mudando a competência da Justiça Militar para a Justiça Comum, e súmula vinculante 45 e 721 do STF.

A relevância do estudo para a área jurídica ou sociedade como um todo, decorre diretamente da latente incompatibilidade da Lei 13.491/17 com a CFRB/88, como demonstrado nos parágrafos anteriores, parte de correntes acontecimentos contemporâneos no seio da sociedade sobre um falso pretexto de apelo à justiça e o bem maior, que culminaram com retrocessos a exemplo da reforma trabalhista e a permissão do cumprimento de prisão a partir da segunda instância, tais ideias principalmente veiculadas por intermédio das redes sócias fomentam conceitos perigosos e ultrapassados como o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, e o detrimento da democracia ao saudosismo à ditadura vivida no Brasil nos anos de chumbo. Fato que a Lei 13.491/17 ampliou a competência da Justiça Militar nos chamados crimes militares impróprios, e retira da competência do Tribunal do Júri os

delitos dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, em determinados casos elencados em seu texto, a partir de um rol taxativo.

Esta pesquisa procurou evidenciar por meio do olhar constitucional acerca do trâmite do processo legislativo da lei ordinária nº 13.491/17, bem como seus efeitos na mudança e ampliação de competência da Justiça Militar, porém a Constituição Federal da República deve ser respeitada e guardada acima de todo ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser mudada a não ser por meio de emendas constitucionais, cabe agora o STF com o papel de guardião da constituição, exercer sua função por meio de controle de constitucionalidade repressivo e concentrado em análise a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5901.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. *Código Penal Militar*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. *Código de Processo Penal*. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992. *Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm>. Acesso em: 27 out.. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. LEI Nº 13.491, DE 13 DE OUTUBRO DE 2017. *Altera o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral : 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Mariza Ferreira dos. *Curso de Direito Constitucional*. Direito Constitucional. 4. ed – São Paulo : Saraiva, 2007.

CUNHA, Dirley Junior. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. 2014 – Juspodivm. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2008 – Malheiros Editores.

GALVÃO, Fernando. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar*, disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em: 20 set. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 1; parte geral/Damásio E de Jesus. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. - São Paulo. Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Juspodium, 2018.

LOUREIRO Neto, José da Silva. *Direito penal militar*. São Paulo: Atlas, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo, Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MPF. Procuradoria Geral da República. *PGR defende inconstitucionalidade de dispositivo de lei que ampliou competência da Justiça Militar*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-inconstitucionalidade-de-dispositivo-de-lei-que-ampliou-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em: 28 set.. 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 5.901*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=crimes%20dolosos%20contra%20a%20vida%20cometidos%20por%20militares&processo=5901>>. Acesso em: 20 set. 2018.

