

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

HÉLIO FERREIRA SANCHES

**O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA DEMISSÃO
DO MILITAR ANTE A LEI DE TORTURA**

BACHARELADO EM DIREITO

CARATINGA MG

2018

HÉLIO FERREIRA SANCHES

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA DEMISSÃO DO MILITAR ANTE A LEI DE TORTURA

Monografia apresentado à banca examinadora da faculdade de direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, com a orientação do Professor Rodolfo de Assis Ferreira.

CARATINGA

2018

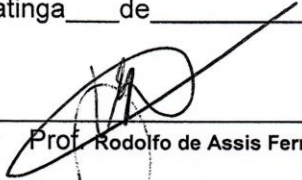
TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

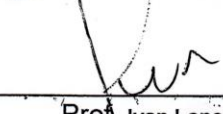
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Trabalho O conflito de competência na demissão do Militar ante a Lei de tortura, elaborado pelo aluno Hélio Ferreira Sanches foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga ____ de ____ 20__



Prof. Rodolfo de Assis Ferreira



Prof. Ivan Lopes Sales



Prof. Salatiel Ferreira Lucio

“A tortura é uma invenção maravilhosa e absolutamente segura para causar a perda de um inocente.”

Jean de la Bruyere

À Deus pelo dom da vida e suas misericórdias
derramadas em mim diariamente

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Elizabeth Ornélio da Silva Sanches pelo companheirismo.

Aos meus mestres nessa caminhada em especial aos meus professores orientadores Rodolfo de Assis Ferreira e Juliano Sepe Lima Costa.

A todos aqueles que caminharam comigo.

Muito obrigado!!

RESUMO

O objetivo principal da pesquisa apresentada está assentado em dirimir o conflito de competência existente para o julgamento do crime de tortura praticado pelo militar e consequente perda de função. Regulamentado e tipificado pela lei 9.455/97, num primeiro momento entende ser de competência da justiça comum o seu julgamento. No entanto, quando praticado por um militar merece atenção nesse sentido, devido a quem cometeu o delito e as consequências que impõem.

O militar deve ser processado e julgado conforme os ditames da justiça militar e desse modo não pode excluir desse rol o crime de tortura. Desse modo, em havendo possibilidade de conflito de competência essa deve ser declinada para a justiça militar diante do âmbito de atuação. A Demissão é consequência direta nesses casos e análise do caso concreto pela justiça militar torna-se relevante, principalmente pelo trabalho que o militar exerce na sociedade, por meio de policiamento ostensivo que em muitos casos demanda o uso da força. A justiça militar é revestida de competência para esses casos, efetivando a ideia de segurança jurídica para toda a sociedade.

Palavras Chave: Tortura; justiça militar; conflito de competências.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
CAPÍTULO I- CRIME E CRIME DE TORTURA	16
1.1 Normatização e tipificação	16
1.1.1 As excludentes de antijuridicidade e o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito como excludente de ilicitude- tipicidade conglobante	18
1.1.2 Tipificação do delito de tortura	21
1.1.3 O crime de tortura e a preservação da integridade física e moral	22
1.1.4 O nexo de causalidade no delito de tortura	24
1.2 Tortura privilegiada	25
1.3 Tortura qualificada	27
1.4 Crime de tortura com resultado morte e homicídio qualificado pela tortura	29
CAPÍTULO II- COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL	31
2.1 Competencia da justiça comum	32
2.2 Competencia da Justiça Militar	35
2.3 Conflito de competências	38
CAPÍTULO III – A DEMISSÃO DO MILITAR QUE COMETE CRIME DE TORTURA	41
3.1 Tortura praticada por militares	42
3.3 A competência da Justiça Militar como solução do conflito	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54

INTRODUÇÃO

Quando se fala em crime de tortura logo vem em mente a maior atrocidade que pode ser cometida com um ser humano, daí ser considerado por nosso ordenamento jurídico como um todo, crime inafiançável.

Quando o delito tipificado por essa conduta é praticado por um militar, maior a repercussão que se dá, ficando a competência para processar e julgar, nesses casos, confusa.

Identificar como se demissão do militar ante a lei de tortura, considerando a competência da Justiça Militar para o ato é o objetivo da pesquisa, e nesse cenário cabe à justiça comum processar e julgar o Militar Estadual, com a consequente expulsão/demissão diante do contido na Lei de Tortura?

Aventa-se como hipótese ao problema do qual se trata do conflito de competência para a demissão do militar no caso de cometimento do delito de tortura, que o entendimento seja voltado para a competência para o julgamento do crime pela Justiça Militar que embora tenha a competência prevista para o julgamento da Justiça Comum, deve ser declinada para a Justiça Militar.

Tem-se tal entendimento baseado do crime de tortura ter sido praticado por um militar, e sua demissão deve se dar pelas vias legais da justiça militar e não da Justiça Comum.

Confirmando a hipótese aqui levantada têm-se as considerações de Renato Brasileiro de Lima o qual coaduna com o nosso entendimento no que tange à competência da justiça militar nos casos de crime de tortura e o conflito de competência:

Havendo conexão entre crimes de competência da Justiça comum e da Justiça Militar nos casos de crime de tortura, prevalece a competência da Justiça Militar. Isso porque a competência da Justiça Militar vem prevista na própria legislação, impedindo que seja afastada em prol da Justiça comum por força de uma regra prevista na lei processual penal. É exatamente esse o conteúdo da súmula nº90. “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele [...] ainda que o crime de tortura tenha previsão na legislação especial, a competência se estabelece considerando que praticou a conduta tipificada, para a detida análise dos fatos.”¹

¹ BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p.464.

Com isso há justificativa para a pesquisa, não só apenas para solidificar a competência da justiça militar nesse caso, mas, também, como forma de sanar as dúvidas que persistem nesse sentido.

Não restam dúvidas com relação ao ganho jurídico, pois conflito de competências é algo evidente nesse caso, o que levará a realização de vasta pesquisa, de cunho bibliográfico e jurisprudencial, dando relevância jurídica da qual necessita.

Pessoalmente, também, importa em ganhos evidentes, visto que quanto maior e mais detalhada forem as informações colacionadas para trazer à baila, aumentam os conhecimentos do acadêmico de direito responsável pela pesquisa.

Os ganhos sociais se revelam sob vários aspectos, o delito de tortura é algo que interessa a sociedade como um todo, pois como mencionado representa em grande atrocidade. Proporcionar conhecimento quanto a competência em se tratando de militar esclarece muitos questionamentos nesse sentido.

O presente trabalho consiste em pesquisa bibliográfica, tratando-se de uma pesquisa teórico dogmática com utilização do entendimento dos doutrinadores que tratam do tema em questão.

Serão também utilizados para uma confecção deste trabalho, revistas jurídicas como também artigos, estudos e debates encontrados em sites da Internet que oferecem um grande leque de opções as pesquisas por tratarem de várias opiniões a respeito do conflito de competências para processar e julgar o delito de tortura praticado por um militar e consequente demissão do militar.

Serão também utilizadas as jurisprudências dos Tribunais de nosso país a fim de que se saiba como estão se portando frente a questão suscitada.

A pesquisa tem natureza transdisciplinar já que abrange questões de Direito Constitucional, Direito Penal, Direito penal e Processual Penal Militar.

A monografia será dividida em três capítulos que darão ênfase ao tema. No primeiro capítulo será dedicado ao delito de tortura será intitulado de “o crime de tortura” falando das suas particularidades.

Num segundo momento, o próximo capítulo se dará em torno dos conflitos de competência, demonstrando como a doutrina e jurisprudências posicionam-se a respeito.

Num último e terceiro capítulo, enfatizar-se-á a demissão militar que comete delito de tortura e o conflito de competência em processar e julgar esse delito.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O conflito de competências existe a partir do momento que se tem dois juízes capazes de julgar uma causa determinada, nesse caso, o crime de tortura praticado pelo militar.

Conflito de competências ocorre quando diante do mesmo fato existem dois ou mais juízes capazes de julga-lo, conforme expressa o artigo 66 do Novo Código de Processo Civil, que aplica ao Direito Penal.

Art. 66. Há conflito de competência quando:

I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;

II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência;

III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.²

O crime de tortura em nossa legislação é imprescritível e inafiançável diante de todo terror que reveste a tipificação da conduta praticada que visa o resguardo da integridade física e mental do indivíduo.

A Lei Federal 9455/97 expressa o quem vem a ser o crime de tortura com a seguinte tipificação:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.³

² BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.569.

³BRASIL, LEI 9455/97. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.455-1997?OpenDocument. Acesso em 23 out 2017.

Prossegue o dispositivo com as condicionantes agravantes da conduta praticada:

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.⁴

Percebe-se a gravidade do crime de tortura na tipificação legal da conduta e a preocupação do legislador em esmiuçar todas as formas legais para que não haja nenhuma dúvida nesse sentido.

Ocorre que quando um militar é acusado da prática desse delito, surge o conflito para processar e julgar a conduta, já que se trata de um delito descrito em legislação específica.

Por justiça militar tem-se a seguinte conceituação, considerando-a como uma das instituições mais antigas pertencentes ao ordenamento jurídico.

A Justiça Militar da União (JMU) faz parte do Poder Judiciário e tem a organização e competência previstas nos artigos 122, 123 e 124 da Constituição Federal de 1988. Ela é responsável por julgar os crimes militares definidos no Código Penal Militar.⁵

Sendo uma das mais antigas organizações tem o condão de dar proteção não somente aos servidores que a compõe, mas à sociedade em geral.

A Justiça Militar é uma das mais antigas organizações judiciárias da humanidade. Antigos e históricos documentos legislativos egípcios, assírios e gregos atestam a existência de um ordenamento jurídico regulador da conduta do cidadão militar e da proteção dos interesses específicos das corporações armadas. No entanto, ainda que existisse nas civilizações muito remotas, a Justiça Militar apenas se tornou mais bem organizada após o aparecimento dos exércitos permanentes, entre os quais se destacam os romanos. A Justiça Militar teve origem, pois, dentro da própria organização militar, a princípio, com o estabelecimento de regras de conduta para os militares e com a fixação de severas sanções para quem não cumprisse tais regras. Na legislação de todos os países com

⁴ BRASIL, LEI 9455/77. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.455-1997?OpenDocument. Acesso em 23 out 2017.

⁵ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. Disponível em <https://www.stm.jus.br/transparencia/perguntas-frequentes>. Acesso em 25 mar 2018

instituições militares organizadas, sempre se faz presente a Justiça Militar e o Direito Militar.⁶

Assim, embasado no que diz a Constituição Federal que distribui e organiza as funções e exercício de poder, quando praticado um delito militar deverá a Justiça militar processar e julgar esses casos, diante da competência que essa exerce sobre os militares.

Assim dispõe o artigo 125 do Constituição Federal, no que tange à justiça militar:

Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.⁷

Desse modo, como os crimes militares devem ser julgados pela justiça militar os que não enquadram nesse contexto pela justiça comum que pode ser entendida como aquela justiça voltada para a maioria da população.

Quando, diante do caso concreto, se tem um delito de tortura praticado por um militar, surge conflito de competências nesse sentido.

Logo, a competência demonstra o juízo que deverá processar e julgar a ação tendo por base elementos objetivos e subjetivos de ordem processual, que também são entendidos como elementos primários e secundários.

Há componentes que ditam as regras positivas sobre competência: os primários, de origem processual, que é o atendimento ao direito subjetivo no caso concreto, sendo cumprida a vocação do Estado do préstimo da tutela; e os secundários, que podem ser entendidos como a divisão dos serviços do Estado (ou divisão do trabalho jurisdicional), tendo origem ou natureza, jurídico-administrativa.⁸

Considerando todos os aspectos que devem ser usados para definir a competência, quando se trata de crime de tortura deve ser processado e julgado

⁶ CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência. . Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁷ BRASIL, CONSITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.234.

⁸ TAVARES, Gabriela. **Conflito de competências**. Disponível em <https://gabitavares.jusbrasil.com.br/artigos/166654342/conflito-de-competencia> acesso em 20 out 2017.

pela Justiça Militar, diante da implicação severa da demissão do militar. Como considera Cicero Robson Coimbra Neves:

Sobre a via judicial, há que se avaliar como ocorre a perda de graduação de praça em função de condenação por ilícito penal comum. Notadamente, algumas normas penais extravagantes possibilitam a perda do cargo, a exemplo do que ocorre com o § 5º do art. 1º da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que trata do crime de tortura. Não só a lei penal comum extravagante, mas o próprio Código Penal comum, no inciso I do art. 92, determina a perda do cargo como efeito da condenação.⁹

Nota-se que se seguir o entendimento de que a Justiça Comum como competente seria algo que poderia causar um efeito devastador na vida do militar, já que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Há o entendimento de que tal dispositivo possui uma eficácia ampla, de sorte que toda perda de graduação de praça das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares deverá passar pelo crivo da segunda instância castrense. Dessa forma, havendo condenação, por exemplo, por tortura, com a consequente perda do cargo, a condenação transitada em julgado, por representação do Ministério Público, será levada à apreciação do tribunal competente que é o da justiça militar.¹⁰

Diante do exposto, deveria ter o entendimento que a competência pertence à Justiça Militar, tendo em vista que o autor dos fatos pertence à corporação que possui elementos e previsão legal para o julgamento e elucidação dos fatos, pois através de um procedimento administrativo as investigações se desenrolam como se estivesse na Justiça Comum.

⁹ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014, p.1026.

¹⁰ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014. p.1029.

CAPÍTULO I - CRIME E CRIME DE TORTURA

Esse capítulo será dedicado ao delito de tortura em si, tratando também do conceito analítico de crime dando ênfase na tipicidade do delito de tortura e suas formas qualificadas.

1.1 Normatização e tipificação

Quando se pretende conceituar, analiticamente busca esmiuçar o entendimento nesse sentido, visto que os conceitos de crime formal e material não são suficientes para tal, como preleciona Cezar Roberto Bittencourt:

Além dos conhecidos conceitos de crime forma (Crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena) e material (crime é toda a ação ou omissão que contraria valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção do conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.¹¹

Tem-se ainda, como função de extrair o conceito analítico do crime todo e qualquer crime aquilo que for comum a todos eles, é encontrar suas características e elementos estruturais, permitindo que se tenha melhor interpretação do ato ou omissão praticada.

Esse é o entendimento de Rogério Greco:

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.¹²

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.251.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2011. p. 143.

A Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro estabelece o que vem a ser o crime propriamente dito:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. Alternativa ou cumulativamente.

Nota-se que a Lei de Introdução ao Código Penal não se preocupou em verificar os elementos constituidores do delito, tampouco o Código Penal o fez, desse modo, é de grande importância que a doutrina o faça para que os elementos estruturais componentes do delito venham a ser extraídos analiticamente e, assim, constatar sua existência dentro do caso concreto.

A questão aqui é de ordem metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese [...] trata-se de um modelo teórico- preferível seja por razão científico sistemática, seja por motivo didático pedagógico, seja ainda, por fundamento de cunho prático garantista.¹³

Nesse intento, a conduta para ser considerada criminosa deve conter um fato, típico, punível e culpável, como observa Cezar Bitencourt.

Todos os elementos estruturais do conceito analítico do crime, que adotamos como ação típica, antijurídica e culpável devem ser analisados. Não acompanhamos, por obvio, o entendimento que dói dominante no Brasil, segundo o qual “crime é a ação típica e antijurídica”, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto da pena.¹⁴

Diante da leitura da citação é possível observar que hodiernamente a posição prevalece no sentido de incluir a culpabilidade no conceito de crime.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p.251.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar **Roberto. Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.253

Ressalte-se a importância da análise do conceito analítico do crime, visto que diante desse ato é possível constatar que a conduta perpetrada não é criminosa por não conter um dos elementos citados.

Nesse aspecto preleciona Bitencourt

Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis na vida real e o modelo típico descrito na lei, essa operação consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se “juízo de tipicidade”.¹⁵

Para se constatar a existência de um fato típico, e assim dar início a perquirição acerca de sua antijuridicidade, é forçoso proceder a um juízo de compatibilização entre a conduta pesquisada e o ordenamento jurídico penal. Uma vez verificado que a conduta se subsume corretamente a um tipo penal incriminador, diz tratar de uma conduta típica, ou seja, revestida de tipicidade.

1.1.1 As excludentes de antijuridicidade e o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito como excludente de ilicitude-tipicidade conglobante

As excludentes de antijuridicidade estão arroladas no artigo 23 do Código de Processo penal sendo elas: Legítima defesa, estado de necessidade; estrito cumprimento do dever legal e Exercício regular do direito

Assim entende-se como a excludente de ilicitude é aquela em que não se considera crime quando o agente pratica o fato no estrito cumprimento de dever legal, dentro do que prescreve o inciso III, do já mencionado artigo 23 do Código Penal.

Importante frisar que parte da doutrina, considera o estrito cumprimento de dever legal como excludente de tipicidade e não de ilicitude, como expressa Zafaroni:

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.p.310

Embora um bom número de autores considere que se trata de uma causa de justificação, vimos que assim não é, porque as causas de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem). Quem não quer agir justificadamente pode não fazê-lo, porque o direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma.¹⁶

Nesse caso, para que o agente esteja dentro do que se espera da excludente do devido cumprimento do dever legal, é necessário a existência de o próprio dever legal, que via de regra, é dado àqueles que fazem parte da Administração Pública, por meio de lei penal ou extrapenal.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a um bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento jurídico pátrio, a existência de deveres atribuídos a certos agentes, que, em tese, poderiam configurar fatos típicos. Para realizar a prisão, por exemplo, o art. 292 do CPP prevê que se houver, ainda, por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência.”¹⁷

No caso demonstrado pelo autor existe a previsão legal para que o agente possa agir dentro dos parâmetros do estrito cumprimento do dever legal, fazendo com que a conduta, não seja revestida de ilicitude.

É igualmente excluída a ilicitude do agente que opera no exercício regular do direito. Nesse caso, buscou o legislador garantir a execução de ações que busquem a efetivação de uma ação, desde que seja regular, dentro desses parâmetros, não abarcando o abuso de direito.

Aquele que age no exercício regular que dizer que exercita uma faculdade de acordo com o direito, está atuando lícitamente, de forma autorizada (art. 5º, II, CF). Não se pode considerar ilícita a prática de um ato justificado ou

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.479.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial**. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2013.p.237.

permitido por lei, que se consubstancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é conforme os limites nele inseridos, de modo regular não abusivo. Essa conclusão é decorrência lógica do princípio da não contradição: um objeto não pode ser e não ser ao mesmo tempo.¹⁸

Tratam-se de causas de excludente de ilicitude, pois, ao fazer a análise do conceito analítico de crime vê que se tratam de condutas permissivas, o que afasta a ilicitude do fato.

No entanto, a doutrina não é unânime quando da análise dessas condutas enquanto excludente de ilicitude e as enquadram como excludentes de tipicidade ante o contido nos preceitos da tipicidade conglobante defendida por Zafaroni.

Então, seguindo esse raciocínio o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito enquadram no rol de excludente de tipicidade considerando os preceitos da chamada tipicidade conglobante amplamente difundida por Zafaroni:

Pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva considerada isoladamente, mas que de modo algum podem incluir-se na sua proibição quando considerada conglobante, isto é, formando parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal não se reduza à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), mas que deve evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isso significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante que pode reduzir o âmbito de proibição aparente que surge da consideração isolada da tipicidade legal.¹⁹

A denominação conglobante se dá diante da necessidade de contrariedade ao ordenamento jurídico em geral, ou seja, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito estão além do direito penal e por isso a tipicidade deve ser afastada e não a antijuridicidade.

Seguindo esse entendimento, diz das condutas analisadas como excludente de tipicidade a partir do princípio que não pode haver no ordenamento

¹⁸ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.453.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro- parte geral**. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.551.

jurídico, normas proibitivas e outras que incentivem o cumprimento de determinada conduta e por isso a tipicidade deve ser afastada.

Considerações a parte, ainda que pare discussão doutrinária sob esse aspecto, a maioria doutrina e jurisprudência consideram o estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito como excludentes de antijuridicidade,

Quando o resultado desse juízo for positivo denota que a conduta avaliada se reveste de tipicidade. Todavia, a contrário *sensu*, quando o juízo de tipicidade for negativo encontramos perante a atipicidade da conduta.

1.1.2 Tipificação do delito de tortura

Portanto, para se conjecturar sobre a existência de um fato típico, exige-se, num primeiro momento, que se tenha uma conduta humana voluntária e voltada para um determinado fim. Esta conduta, em segundo lugar, deve ser o motivo da consequência naturalística ou ao menos jurídica.

Deve ainda a conduta estar relacionada com um juízo positivo de tipicidade, uma adequação, a qual, de acordo com Rogério Greco isso implica em a “subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”.²⁰

A tipicidade é uma consequência natural do princípio da reserva legal que diz que não há crime sem lei anterior que o defina ou *nullum crimen nulla poena signe praevia lege*.

Confirmando esse entendimento tem-se Mirabete “O reconhecimento da existência da tipicidade define o Princípio da Legalidade, a mais importante conquista de índole política, norma básica do Direito Penal Moderno, inscrito como garantia constitucional”²¹

Nesse intento, pode-se dizer que a tipicidade é a concordância do fato perpetrado pelo agente com a moldura abstratamente delineada na lei penal. “Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2014. p. 25

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini **Manual de Direito Penal**- parte Geral. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.126.

penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei ²²

No que tange ao delito de tortura importante é a conceituação elencada no artigo 1º da Lei 9.455/97, a qual estabelece: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:”²³

Logo, ao constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça tipifica a conduta da tortura, a comprovação do fato e a existência do crime. Todavia, prossegue o dispositivo mencionado, ao dizer sobre a tipicidade da conduta no delito de tortura, que se alcança:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
 - b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
 - c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
- II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.²⁴

A conduta descrita pelo delito de tortura é repugnante e deve ser combatida a todo o tempo, seja em qualquer circunstância.

1.1.3 O crime de tortura e a preservação da integridade física e moral

Desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a tortura passou a ser absolutamente proibida. Contudo, o legislador constitucional não definiu a prática da tortura. O seu art. 5º, III, assegura que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Nossa Lei Maior também prevê no seu art. 5º, XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” Além disso, ela também dispõe, em seu art. 5º, XLIII, que a tortura compõe o rol dos crimes mais graves no Brasil, sendo

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo: Saraiva.p.305.

²³ BRASIL, **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

²⁴ BRASIL, **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

por isso inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, omitirem-se²⁵

A Constituição da República recepciona os ensinamentos que todo o mundo segue em relação à tortura, considerando-o como uma das piores espécies de crueldade que se possa admitir sobre qualquer espécie.

Assim estabelece a declaração da ONU – Organizações das Nações Unidas, em seu artigo 1º aduz:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência.²⁶

Buscou-se valer de instrumentos internacionais propostos a conter o uso da tortura e fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana primícias da Constituição da República em nosso país.

Também, edificou como uma das garantias fundamentais do cidadão a inexistência da possibilidade da tortura, de tratamento atroz ou humilhante, além disso expressou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (Grifos nossos)²⁷

²⁵ ANDRADE, Jaqueline Gerônimo. **O crime de tortura> tipificação legal.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/26019/crime-de-tortura-tipificacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 18 mar 2018

²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 20 MAR 2018

²⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO, *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.26

De tal modo, quando se fala no delito de tortura encontra sedimentado um ataque à dignidade humana, diante do fato que é negado ao torturado a sua condição de pessoa, transformando-o em simples objeto.

É inegável que, em tal fato, uma deterioração da vítima de sua condição humana, já que se tem tomada da liberdade, de forma que esta como já mencionado torna-se objeto, ficando à serviço do torturador, comportando-se como este determina e ambiciona.

1.1.4 O nexo de causalidade no delito de tortura

É indispensável a realização e reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocasionado. Assim em se tratando da tortura a teoria de causalidade adotada pelo Código de Processo Penal Militar diz que é importante que se tenha equivalência entre os fatos.

Assim sendo, deve haver equivalência entre a vontade do agente em torturar a vítima e essa se sentir realmente atormentada, atribulada, constrangida, com ou sem agressões físicas.

Guilherme de Souza Nucci nos auxilia no que diz respeito à teoria da equivalência das condições, adotada pelo Código de processo Militar.

teoria da equivalência das condições (teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da condição simples ou generalizadora): qualquer das condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, pois a sua inocorrência impediria a produção do evento. É a teoria adotada pelo Código Penal Militar (*conditio sine qua non*), sustentando que a “causa da causa também é causa do que foi causado” (*causa causae est causa causati*). Ex.: a fabricação da arma de fogo e a sua venda são consideradas *causas* do resultado *morte*, porque, sem elas, o tiro não teria sido disparado pelo agente;²⁸

O entendimento da teoria de causalidade da equivalência das condições no caso do crime de tortura coaduna com o contido no artigo 29 do Código de Processo Penal Militar que é claro ao dizer que “O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

Nesse intento, no momento em que se analisa o sujeito ativo do delito, é importante frisar que o tipo penal exige o dolo para a sua configuração, havendo

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Militar Comentado**.

responsabilidade criminal na omissão culposa, não se podendo imputar ao omitente o crime definido no artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97, em caso de mera negligência.

O parágrafo 2º, da lei 9.455/97 prevê uma espécie de crime comissivo próprio, nos seguintes termos: aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.²⁹

No próximo tópico serão abordadas as questões sobre a tortura qualificada.

1.2 Tortura privilegiada

Como visto, o delito de tortura consuma-se com a submissão da vítima ao sofrimento físico ou mental, por se tratar de crime plurissubsistente, é possível a tentativa.³⁰

No já citado paragrafo segundo, do artigo 1º da Lei de tortura é possível identificar a existência de uma conduta omissiva em relação a esse delito, portanto pode-se dizer que existem duas modalidades de cometimento, seja por ação ou omissão, como aduz Capez:

Este tipo penal prevê duas modalidades do crime omissivo, a primeira diz respeito à omissão praticada por quem tinha o dever de evitar a tortura, a segunda a omissão praticada por quem tinha o dever de apurar a prática de tortura.³¹

Nesse sentido é indispensável que seja analisado a incidência daqueles que colaboram para o crime na configuração omissiva. O parágrafo castiga de modo abrandado o omissor que o agente ativo, ainda que seja possível o reconhecimento da tipificação da conduta nas duas modalidades, comissiva e omissiva.

Na realidade deve-se fazer uma separação entre aquele que pode agir (comunicar o fato criminoso as autoridades) para evitar o resultado, daquele que se omite em apurar os fatos. Para o primeiro, deve incidir a regra geral do art. 13, § 2º do Código Penal. Ou seja, entendo que deve responder como partícipe. Àquele que tem o dever jurídico de apurar os fatos, e não o faz, incide o § 2º, como tipificação autônoma. Na conduta

²⁹ BRASIL, **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.256.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p.136

omissiva de apuração, o responsável será sempre uma autoridade que seja competente para tanto. Já no caso de se evitar a tortura, o sujeito ativo poderá ser não só a referida autoridade, bem como qualquer outro indivíduo (profissional de saúde, por exemplo) que, de alguma maneira, teria condições de impedir a consumação ou continuidade do delito e que se enquadra em uma das hipóteses do art. 13, § 2º, do CP.³²

A título de exemplo para essa conduta comissiva entende-se aquele funcionário público que é o possuidor de autoridade e em esfera administrativa em que se deu o cometimento do delito calou-se.

São exemplos de funcionário público, o Diretor de disciplina de determinado presídio que, podendo evitar que um preso seja torturado por um agente de segurança, queda-se inerte, Diretores de departamento de investigação da polícia, Delegados de Polícia, que podendo impedir a prática de tortura não o faz. O sujeito passivo principal é o Estado.³³

Muitos são os questionamentos sobre a posição do legislador ao tipificar a conduta omissiva do delito, sobretudo tratando-a como forma mais branda, privilegiando o tipo, denominando de tortura privilegiada.

O legislador ordinário, ao invés de dar uma punição maior aqueles que por omissão contribuíram para o crime de tortura, ao contrário, implantou um dispositivo à parte indicando uma figura distinta, os omitentes.

Importante considerar o contido no parágrafo 3º da Lei de tortura, que expõe aquela que resulta em lesão corporal grave ou gravíssima, levando ao entendimento da existência do denominado preterdolo,

O delito preterdoloso encontra previsão legal no artigo 19 do Código Penal e que podem ser entendidos como aqueles que apresentaram dolo na conduta do agente e culpa no resultado. Torna-se de suma importância analisar de modo minuciosos a conduta do agente e como ela se deu. Mesmo ele não aprontando a intenção no resultado, se agiu, no mínimo, culposamente, deve ter sua pena aumentada pela implicação mais grave que se concretizou.³⁴

Nesse intento, quando a conduta do crime de tortura é comissiva diz ser cometida com preterdolo. Vejamos: “Esta é a forma qualificada do crime de tortura

³² SILVA, Cleuton Barrachi. **A Pouca Aplicação da Lei 9455/97 (Lei de Tortura)**. In: "A priori ", INTERNET. Disponível em http://www.apriori.com.br/artigos/lei_de_tortura.shtml>. Acesso em 20 mar 2018

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.136

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2014. p. 25

pelo resultado obtido com o seu emprego, trata-se de um crime preterdoloso ou preterintencional, por trazer um misto de dolo e culpa”³⁵

1.3 Tortura qualificada

Em alguns casos a tortura passa a existir com qualificadoras tornando o delito mais gravoso e aumentando a pena a ser imputada ao agente.

Deste modo, em implicação do crime de tortura cometido na vítima, esta vem a sofrer lesão corporal de natureza grave ou gravíssima ou, a morrer, trata-se de um resultado não ambicionado, pois o desígnio do sujeito ativo era torturar, contudo aconteceu um resultado de sua ação

Fernando Capez adiciona:

Na espécie, o agente atua com dolo em relação à tortura e com culpa em relação ao resultado agravador (morte). Frise-se: aqui o agente não quer nem assume risco do resultado morte; contudo ante a previsibilidade do evento, responde a título de culpa.³⁶

Prossegue a Lei de tortura em seu artigo 1º parágrafo 4º:

Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
I - Se o crime é cometido por agente público;
II - Se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;
III - se o crime é cometido mediante sequestro³⁷

Este parágrafo demonstra quais são as causas especiais de acréscimo da pena. O inciso I alude a qualquer pessoa que exerça cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar.

Francisco Mafra conceitua função pública da seguinte forma:

Função pública, de acordo com a concepção atual da CF/88 é o conjunto de prerrogativas que são conferidos a determinados servidores para a realização de serviços casuais e fortuitos. A remuneração é feita pelo desempenho de cada atividade e não titulariza o servidor a nenhum cargo público.³⁸

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.256.

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.136

³⁷ BRASIL, **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

³⁸ MAFRA, Francisco. **Ideias acerca da função pública**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=495>. Acesso em set 2017

Desse modo, tanto as funções temporárias e de confiança estão abarcadas no conceito de função pública, lembrando que não deve ser confundida com cargo público e nem com emprego público, já que são distintos, sendo a função pública a atividade propriamente dita, o exercício da função.

Já o inciso II diz respeito se o crime for cometido contra criança, gestante portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos. Conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente por criança deve ser entendida a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

O aludido inciso dá qualidades do sujeito passivo, dessa maneira, será qualificada a tortura quando o crime for empreendido contra criança, gestante, deficiente e adolescente.

É cogente, apesar disso, que o torturador tenha ciência dessas qualidades da vítima, pois, caso contrário, incorrerá em erro do tipo, não respondendo pela forma qualificada. Contudo, a única delas que, mesmo aceitando o erro escusável, atribuirá o aumento é o fato de a vítima ser criança, já que, se o agente não avaliava esse atributo, é por que a considerava adolescente, tal conjuntura está prevista na disposição legal³⁹

Já o inciso III estabelecesse e demonstra como ocorre quando o crime for cometido mediante sequestro, não fazendo referência ao sequestro prolongando, mas, também, aos chamados sequestros relâmpagos pois o que está sob o prisma da tipicidade da conduta é a existência da tortura.

O crime de sequestro é a privação da liberdade da vítima mediante violência ou grave ameaça. Porém, a privação da liberdade por curto espaço de tempo é alusão quase sempre imperativa a prática de tortura, vez que esta implica, na maioria das vezes, uma ação lenta e periódica com finalidade de causar sofrimento físico ou psíquico à vítima, de forma a garantir que o agente alcance a seu desígnio para a qual está aplicando a violência ou grave ameaça.⁴⁰

Atente-se que nesses casos a pena não é aumentada, somente se houver privação por tempo prolongado, não devendo ser confundido com o sequestro estabelecido nos moldes do artigo 148, parágrafo 2º do Código Penal:

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetus. 2014. p. 25

⁴⁰ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos: Texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.239

Art. 148 – Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado.

§ 2º – Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral;⁴¹

A diferença entre esses dois crimes incide em que, na primeira, o sequestro é um jeito, um meio para se cometer a tortura, causando-se sofrimento físico ou mental à vítima, enquanto que, na segunda, o sequestro não é um meio, e sim o próprio fim, sendo o sofrimento físico ou moral uma consequência dos maus-tratos ou da natureza da detenção.

1.4 Crime de tortura com resultado morte e homicídio qualificado pela tortura

Tratam-se de condutas diferentes diante da conduta praticada e os fins objetivados nas duas condutas. São, portanto, tipos penais diversos que mesmo com resultados parecidos não devem ser confundidos.

Assim expressa o artigo 121 do Código Penal:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;⁴²

No delito de homicídio preserva-se o bem maior tutelado em direito que é a vida, disso não restam dúvidas. Porém, o legislador buscou enfatizar condutas que qualificam esse delito.

Ou seja, além de causar o resultado morte, esse resultado foi obtido por meio do emprego de alguma outra conduta e no caso do inciso III acima descrito meios cruéis.

A crueldade se aproxima da tortura no momento em que são empregados meios que aumentam consideravelmente a dor e o sofrimento da vítima.

Meio cruel estabelece-se como aquele que causa sofrimento desnecessário à vítima, ou que desponta em demonstrar uma atrocidade infrequente, em contraste com a mais simples compaixão de piedade humana. É o meio que possa proceder perigo comum é aquele meio cruel ou ardiloso que pode

⁴¹ BRASIL: CÓDIGO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.596

⁴² BRASIL: CÓDIGO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.596

sujeitar a perigo um número indefinido de pessoas, fazendo periclitar a incolumidade social.⁴³

Percebe-se de modo claro que a intenção era a de matar a pessoa, logo o tipo subjetivo que é o dolo está presente na vontade do agente em ceifar a vida da vítima. O agente deseja matar a vítima, a submete à sofrimento duradouro, prolongado, desumano e desnecessário, ao mesmo tempo de lhe provocar, em definitivo, a morte.

Ao contrário do que ocorre no delito de tortura cujo resultado é a morte da vítima. Nesse caso o tipo subjetivo, o dolo, a vontade do agente está pautada em torturar, em causar grande sofrimento à vítima e não a matar.

Mesmo se tratando de crime hediondo diante das barbáries cometidas a intenção do autor deve ser avaliada, e as condutas diferenciadas. “É, assim, uma das manifestações especiais de crueldade, sendo diferenciada única e tão-somente, em razão do fator tempo. Significa dizer, a tortura é uma espécie de crueldade que de delonga no tempo.”⁴⁴

Além da intenção do agente a principal diferença entre as condutas está na fixação da pena, enquanto o homicídio qualificado a pena 12 (doze) a 30 (trinta) anos, os casos de tortura com resultado morte as penas podem chegar a 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.

Assim estabelece o artigo 1º, parágrafo terceiro da Lei de Tortura: “Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos.”⁴⁵

Diante disso, do contido no ordenamento jurídico, como já dito, a conduta não deve se confundir, pois embora considerada a crueldade da conduta em ambas as situações as penas cominadas se diferenciam.

Com isso, torna-se indispensável que no momento de verificação do *animus* daquele que praticou a conduta identifique sua vontade, qual seja a de torturar ou matar.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, volume 2. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.256.

⁴⁴ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Considerações acerca da disciplina do crime de homicídio no Código Penal brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9433>>. Acesso em 30 mar 2018.

⁴⁵ BRASIL, **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

CAPÍTULO II - COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL

Por competência entende-se como os critérios delimitados em sede processual para processar e julgar os delitos penais, cometidos.

Com isso, aparece Mirabete e dita um breve conceito sobre essa competência, sendo “a medida e o limite da jurisdição, é a delimitação do poder jurisdicional.”⁴⁶

Nas lições de Nucci a competência também pode ser determinando como a capacidade dos órgãos jurisdicionais em autuar no processo penal.

O poder de fazer operar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional perante de um caso concreto. Transcorre esse poder de uma demarcação prévia, constitucional e legal, colocada segundo critérios de particularização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. A exigência dessa distribuição decorre do manifesto contrassenso de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais competente a melhor resolvê-las.⁴⁷

Entretanto, esse limite de poder não é significativo apenas ao local onde o delito foi praticado. Têm-se, do mesmo modo, diversos outros subsídios que demonstram com que um juízo não seja competente para aquele ato.

O artigo 69 do Código de Processo Penal determina em quais critérios são determinadas as competências para processar e julgar os delitos criminais perpetrados. *In verbis*:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

- I - O lugar da infração;
- II - O domicílio ou residência do réu;
- III - a natureza da infração;
- IV - A distribuição;
- V - A conexão ou continência;
- VI - A prevenção;
- VII - a prerrogativa de função⁴⁸

Trata-se de um olhar amplo que de modo generalizado aduz os principais critérios de forma generalizada os quais serão esmiuçados no tópico seguinte, principalmente ao considerar a competência penal da justiça militar.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini **Manual de Direito Processual Penal**- parte Geral. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.246.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.247.

⁴⁸ BRASIL: CÓDIGO PROCESSO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.692

2.1 Competência da justiça comum

Entende-se por Justiça àquela especializada em crimes comuns seja em âmbito federal ou estadual.

Como o próprio nome diz a Justiça Federal cuida dos delitos federais, enquanto que a Justiça Estadual ou comum cuida dos demais delitos sempre respeitando os entendimentos sobre competência estabelecidos pela Lei Processual Penal.

O mencionado artigo 69 do Código de Processo Penal, estabelece os critérios que devem ser utilizados para determinar a competência de determinada matéria penal a ser submetida a julgamento.

Tais critérios tem como escopo realizar uma subdivisão em grupos distintos, no sentido de determinar o estabelecimento do foro competente e a justiça competente diante do caso concreto, assim entendendo:

Estabelecimento do foro competente – competência *ratione loci*: lugar da infração e domicílio ou residência do Réu;
Justiça competente (Eleitoral, Militar ou Comum) - competência *ratione materiae*: natureza da infração;⁴⁹

Nesse intento, os critérios de competência se deram num primeiro momento em função da competência material.

Assim analisam-se as questões baseadas na natureza do delito cometido. Ou seja, qual o juízo competente para processar e julgar, visto existirem diversas possibilidades de cometimento de crime.

Para Guilherme de Souza Nucci a principal diferença em matéria de competência ocorre na subdivisão em competência absoluta e relativa, no momento de fixação dessa para processar e julgar casos específicos.

Assim define a competência absoluta essa subdivisão:

Chama-se absoluta a hipótese de fixação da competência que não admite prorrogação, isto é, deve o processo ser remetido ao juiz natural determinado por normas constitucionais ou processuais penais, sob pena de nulidade do feito.⁵⁰

⁴⁹ TAVARES, Bruno. **A competência processual penal.** Disponível em <https://tavaresbruno.jusbrasil.com.br/artigos/320513619/competencia-no-processo-penal>. Acesso em 06 abr 2018

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.250.

Nesses casos de competência absoluta entende-se a competência em razão da matéria, que pode ser, por exemplo, civil ou criminal; já a competência em virtude da prerrogativa da ação ocorre quando se avalia o órgão competente para realizar o julgamento, como os casos de remessa à justiça Federal; Juizados Especiais; varas especializadas como as de família, dentre outras.

Quando se fala em prerrogativa da função é imprescindível considerar a natureza do crime praticado, por quem, contra quem e como se deu a coadunação da conduta.

Prossegue o entendimento de Nucci no que diz respeito à competência relativa, assim dizendo:

Chama-se relativa a hipótese de fixação de competência que admite prorrogação, ou seja, não invocado a tempo a incompetência do foro, reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade. É o caso da competência territorial, tanto pelo lugar da infração quanto pelo domicílio ou residência do réu.⁵¹

Dada as considerações sobre as competências absolutas e relativas, pretende o direito processual penal busca punir o infrator no local onde o delito foi cometido. Isso se dá para que o local onde a ordem jurídica foi lesada possa ver realizar a justiça pretendida.

Ainda que num primeiro momento tem-se no local da infração o ponto básico para realizar os critérios de competência, existem outras prerrogativas que devem ser analisadas.

A competência pelo local da infração (*ratione loci*) deve ser avaliada como regra e as exceções nesse contexto se dão: a) quando houver matéria especial a ser analisada (*ratione materiae*); levando-se em conta a natureza da infração (é o que ocorre com a Justiça Militar ou Eleitoral, para civis militares ou eleitorais); quando houver privilegio especial e, função da pessoa a ser julgada (*ratione personae*) como ocorre nos julgamentos de altas autoridades.⁵²

No que diz respeito à competência *ratione personae* considera-se as questões contidas no já citado artigo 69, VII, do Código de Processo Penal, o qual expressa que deve se levar em conta a prerrogativa da função daquele que cometeu o ilícito.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.250.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.252.

Coadunando com esse entendimento necessário ainda verificar o contido no artigo 84, também do Código de Processo Penal que estabelece quais são as prerrogativas de função.

A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.⁵³

É a fixação dos denominados “foros privilegiados”. Auxiliando nosso entendimento Eugenio Pacceli Oliveira:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar *foros privativos* para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, tentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.⁵⁴

A título de exemplo expõe o contido no artigo 86 do Código de Processo Penal sobre a competência do Supremo Tribunal Federal.

Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar:
 I - os seus ministros, nos crimes comuns;
 II - os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República;
 III - o procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.⁵⁵

A competência em razão da matéria, *ratione materiae*, de igual modo é considerada como competência absoluta, fazendo menção ao contido também no artigo 69 do Código de Processo Penal, inciso III, ou seja, leva em consideração a natureza da infração.

⁵³ BRASIL: CÓDIGO PROCESSO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.692

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.186

⁵⁵ BRASIL: CÓDIGO PROCESSO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.692

Nesses casos englobam, além da natureza da ação, as questões referentes à conexão ou continência e prevenção.

A distribuição constitucional de competência visa atender aos interesses da otimização do exercício da jurisdição, com a criação de justiças especializadas em determinadas matérias como o que se pode falar em competência *ratione materiae*.⁵⁶

A definição da competência nesses casos se dará em consideração das diferentes matérias atribuídas à competência de cada uma delas.

Como visto uma das competências em razão da matéria é voltada para a Justiça Militar, a qual, doravante passaremos a dissertar.

2.2 Competência da Justiça Militar

A competência da Justiça Militar se dá para o julgamento dos chamados crimes próprios.

Crimes comuns e próprios: são considerados *comuns* os delitos que podem ser cometidos por qualquer pessoa; no caso dos crimes militares impróprios, como o homicídio (art. 205, CPM), a regra é serem delitos *comuns*, pois podem ser cometidos tanto pelo militar quanto pelo civil, logo, qualquer um; inserir-se o crime no cenário do CPM advém de circunstâncias ligadas ao local da infração, à qualidade do sujeito passivo ou outros fatores; são *próprios* os crimes que exigem sujeito ativo especial ou qualificado, isto é, somente podem ser praticados por determinadas pessoas. É exatamente o caso da maior parte dos crimes militares, que exigem a qualidade de *militar* (da ativa, da reserva ou reformado, dependendo do caso) para figurar como agente. Exemplo: desrespeito a superior (art. 160, CPM).⁵⁷

A determinação constitucional de competência da Justiça Militar está contida no artigo 124 da Constituição da República.

Art 124. A Justiça militar compete processar e julgar os crimes contra militares definidos em Lei.
Parágrafo Único: a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Penal Militar.

⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.213

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal Militar Comentado**. Rio de Janeiro:Forense, 2014, p.75

A justiça militar é voltada, como o próprio nome diz para processar e julgar os delitos de cunho militar. Assim, não se confunde com a já mencionada Justiça comum.

Normalmente reserva-se a expressar justiça especializada como referência à Justiça Militar e Justiça eleitoral, no âmbito da jurisdição penal, e à Justiça Trabalhista, em matéria não penal. Fala-se em justiça comum quando se quer aludir à competência da Justiça Estadual e Justiça Federal.⁵⁸

Num primeiro momento é de suma importância entender a estrutura da Justiça militar para que então possa se valer para a fixação de competências.

A divisão entre Justiça Militar Federal e Estadual é dividida em esferas distintas, conforme abaixo colacionado para um melhor entendimento sobre a estrutura como um todo:

Estrutura

a) Justiça Militar Federal/da União

2.^a instância: Superior Tribunal Militar (STM)

1.^a instância: Conselho de Justiça/Auditorias Militares: compostas por um juiz auditor (juiz civil togado) e quatro oficiais militares (todos oficiais de posto superior ao acusado).

b) Justiça Militar Estadual (art. 125, §§ 3º, 4º e 5º, da CF)

2.^a instância: Tribunal de Justiça Militar ou Tribunal de Justiça Estadual

1.^a instância: Conselhos de Justiça/Auditorias Militares: compostas por um juiz de direito do juízo militar (juiz togado) e quatro oficiais militares (todos oficiais de posto superior ao acusado).

Em comentário à estrutura da justiça Militar Robson Cícero expõe:

Quanto à competência criminal, tanto a Justiça Militar da União quanto a Justiça Militar dos Estados só têm competência para processar e julgar crimes militares. 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.⁵⁹

Dessa maneira, analisando que à Justiça Militar compete exclusivamente o julgamento de crimes militares, mesmo que exista conexão entre um crime comum e um crime militar, necessitará existir a separação de processos.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.213

⁵⁹ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014. p.1029.

Ao se realizar a leitura do artigo 124 da Constituição da República, observará que a competência da Justiça Militar da União é direcionada para os crimes militares próprios assim como ocorre na Justiça Militar Estadual, só que restrita essa última, aos estados da federação.

Diante da definição de competência da Justiça Militar é possível entender que o civil não pode ser julgado nessa esfera, embora o militar dependendo do ato possa ser julgado pela justiça comum.

Confirmando esse entendimento Renato Brasileiro de Lima.

Assim, como o civil não pode ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual, caso pratique determinado delito contra as instituições militares estaduais, será processado na Justiça comum se os fatos por ele praticados encontrarem definição na lei penal comum. Nesse sentido, aliás, é o teor da súmula nº 53 do STJ ("Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar.

civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais") e da súmula nº 30 do extinto Tribunal Federal de Recursos ("Conexos os crimes praticados por policial militar e por civil, ou acusados estes como coautores pela mesma infração, compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar o policial militar pelo crime militar (CPM, art. 9º) e à Justiça Comum, o civil").⁶⁰

Nesse cenário de entendimento os crimes militares estaduais são aqueles cometidos por esses profissionais em âmbito estadual. E o mesmo entendimento deve ser feito quanto aos policiais militares federais e a competência daquele juízo.

Assim a competência da Justiça Militar Estadual é definida em razão da matéria e da pessoa que cometeu o delito, ou seja, militar estadual. Já a competência da Justiça Federal Militar já demonstrada no mencionado artigo 124 da Constituição da República leva em consideração a pessoa, policial militar federal.

Como a competência da Justiça Militar da União é estabelecida tão somente em razão da matéria, pouco importando a condição pessoal do acusado, se civil ou militar diz que sua competência é fixada tão somente em razão da matéria (*ratione materiae*) - crimes militares; Por outro lado, como a competência da Justiça Militar dos Estados é fixada não somente com base em razão da matéria - crimes militares -, mas também com base na condição pessoal do acusado, diz que sua competência é *ratione materiae* e *ratione personae*.⁶¹

Sobressalte-se que a importância em conhecer as especificações entre a competência da justiça comum e da justiça militar está em realizar os estudos e

⁶⁰ BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p.346

⁶¹ BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p.348

diferenciações para dirimir todo e qualquer entendimento conflitante em relação à fixação da competência ao juízo adequado.

2.3 Conflito de competências

O já mencionado artigo 69 do Código de Processo Penal estabelece as condições de declaração de competência nesse âmbito processual. Os conflitos de competência aparecem no momento em que existe dois ou mais juízos que se julgam competentes para o julgamento de uma mesma lide, sendo um conflito positivo.

Nesse cenário, como aduz Nucci: “O conflito de competência ocorre, no caso do conflito positivo, quando há dois ou mais juízos ou tribunais competentes para a mesma causa ou, no caso do conflito negativo, incompetentes.”⁶²

Dentro do prescrito pelo artigo 113 do Código de Processo Penal, existindo o conflito de competência a competência deve ser resolvida “Art. 113. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.”⁶³

Em existindo e identificado o conflito de competência esse se divide em duas espécies, seja a incompetência absoluta e incompetência relativa.

Num primeiro momento dizendo sobre a competência absoluta, não cabe qualquer tipo de alteração, visto que o processo se dá em razão da razão da matéria, da razão e das pessoas envolvidas nos processos e não pode ser requerida pelo réu.

Novamente importantes são as considerações de Nucci. Vejamos:

A competência absoluta não é passível de ser modificada por ambição das partes, porque, a razão da intervenção ministerial é o interesse público que está acima ao julgamento de todos os conflitos, de colocar corretamente o juízo competente; logo não há a possibilidade de deixar que as partes resolvam o juízo do conflito, como no caso de uma cláusula de arbitragem. Além disso não é possível que seja alterada por conexão ou continência. É possível alegar como exemplo de competência integral a competência em razão da matéria e da hierarquia que, por ser imodificável e intransferível.⁶⁴

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p412.

⁶³ BRASIL: CÓDIGO PROCESSO PENAL. *Vade mecum*, São Paulo: Saraiva, 2016, p.692

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal Militar Comentado**. Rio de Janeiro:Forense, 2014, p.75

Dentro do prescrito pelo dispositivo acima citado quando se fala de incompetência absoluta a qualquer tempo poderá ser suscitada, seja pelas partes ou de ofício, não sendo necessário o momento da defesa para fazê-la, sem que isso suspenda o curso do processo.

Ao contrário da competência absoluta, a relativa só pode ser arguida pelo réu estando relacionado com o interesse privado da causa com o valor da causa, a territorialidade, como, por exemplo o domicílio do acusado.

Dessemelhante da incompetência absoluta, a relativa só pode ser solicitada pelo réu, no prazo do debate sobre a penalidade de preclusão. De tal modo, o juiz não pode reconhecê-la de ofício, entretanto, o Ministério Público pode alegá-la em benefício de réu incapaz.⁶⁵

Diante disso, afirma-se que o conflito de competências pode ser relativo à competência absoluta ou à competência relativa.

Para arguir a incompetência relativa é necessário que se seja realizada por exceção instrumental, ou seja, em peça separada da contestação ou mesmo junto a ela. O que deve ser ressaltado que nesses casos tem momento específico e não a qualquer momento do curso processual como acontece com a incompetência absoluta.

A partir do momento em que a incompetência relativa é reconhecida os autos processuais devem ser remetidos aos juízos declarados competentes, sem que isso opere em anulação dos atos anteriormente praticados.

Conclui-se, portanto, que somente em casos de competência relativa (territorial), pode-se aproveitar os atos instrutórios. Desta forma, os processos a que se refere a nova lei, ao serem recebidos pelos Tribunais devem ser remetidos ao Ministério Público que poderá ratificar ou emendar a inicial sem anular os atos já praticados.⁶⁶

O mesmo não ocorre quando suscitada a incompetência absoluta onde os atos decisórios não são aproveitados: “entende-se que a nulidade em face da

⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18 ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015, p.459

⁶⁶ ROMANO, Rogerio Tadeu. **As incompetências no Direito Processual Penal**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37857/a-incompetencia-absoluta-e-suas-consequencias-no-processo-penal>. Acesso em 28 abr 2018

incompetência absoluta implica em nulidade de atos decisórios e que a incompetência relativa não importa em nulidade de qualquer ato já praticado.”⁶⁷

Importante salientar, ainda que quando identificadas questões como conexão e continência a competência relativa pode ser alterada.

⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, 14ª edição, São Paulo, Atlas, 2013, p. 594.

CAPÍTULO III – A DEMISSÃO O MILITAR QUE COMETE CRIME DE TORTURA

Nesse capítulo serão abordadas as causas específicas do delito de tortura praticado pelo policial militar e a consequente demissão sem que haja sequer a possibilidade de haver um procedimento administrativo para apurar as causas que levaram a essa perda.

A importância de se processar e julgar o delito de tortura pela Justiça Militar, além de atender as prerrogativas da função de militar (*ratione materiae*) faz observação a existência de um devido processo legal.

Na atualidade quando identificado o cometimento do delito de tortura por um militar sequer é dado a ele o direito de defesa por meio de um procedimento administrativo, sendo a apuração remetida diretamente à Justiça Comum com consequente demissão do militar.

A importância de se realizar o julgamento pela Justiça militar está no fato de ser julgado por pares que detêm conhecimento sobre os fatos e fazendo parte da mesma corporação conseguem delinear os fatos sem a existência de corporativismo, mas remetidos às questões práticas.

Frise-se que o crime de tortura e abuso de poder e de autoridade não são condutas sinônimas, tendo sido explicitado os componentes do delito de tortura para que a conduta seja tipificada nesse sentido.

Portanto, não há justificativa para a afirmação de que quando um crime de tortura é praticado por um militar, ganha contornos de abuso de poder ou de autoridade, como assevera Luís Flavio Gomes:

O crime de tortura não está ligado a um agente específico, e não pode ser considerado como abuso de poder, embora possa ser praticado por autoridade policial. O ordenamento jurídico brasileiro prever a garantia dos direitos humanos, a luta pela observância da inviolabilidade da vida humana e tal deve ser considerado.⁶⁸

Tal assertiva vai ao encontro da necessidade da Justiça Militar ser considerada competente para processar e julgar os crimes de tortura praticados por militares, diante da necessidade do exercício da função de forma plena e precisa.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Tortura: aspectos conceituais e normativos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em 23 mai 2018

Lado outro, os direitos humanos são preservados em nosso país de modo enfático, assim não encontra respaldo no fato de haver condutas “covardes” ou mesmo sob influencia da farda que permitam não cumprir o entendimento processual devido.

3.1 Tortura praticada por militares

Para um melhor entendimento do que se trata o crime de tortura praticado por militares é indispensável realizar a diferenciação de crime comum e crime próprio e para isso verifica-se a citação de Cicero Robson Martins a seguir:

Crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa (lesão corporal, estelionato, furto). Crime próprio ou especial é aquele que exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente. Pode ser condição jurídica (acionista); profissional ou social (comerciante); natural (gestante, mãe); parentesco (descendente) etc. Crime de mão própria é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de interposta pessoa (falso testemunho, adultério, prevaricação)⁶⁹

Assim, os crimes próprios cometidos por militares que são processados e julgados conforme o Código penal e processual penal militar e uma justiça própria aos quais são subordinados, que num primeiro momento tem-se a apuração dos fatos por meio de um procedimento administrativo.

Após, sendo necessário, o Inquérito Policial Militar é remetido à Justiça Militar ou Comum conforme a natureza da ação.

O artigo 9º do Código Penal Militar descreve quais são as condutas praticadas por militares que são consideradas como criminosas. Recentemente alterada pela Lei 13.491/17, são assim tipificas as condutas:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

⁶⁹ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014. p.257

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.⁷⁰

Como se depreende do artigo todos os delitos contidos na legislação penal comum quando praticados por militares passam a ser considerados crimes militares além daqueles contidos no Código Penal Militar que elenca as condutas próprias tratadas como crimes militares.

Como visto o artigo mencionado considera o crime de tortura como crime militar no momento em que diz: “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: por militares, dentro do que prescreve a Lei 13.491/17.

Nesse contexto é possível dizer que o crime de tortura enquanto crime comum torna-se próprio quando praticado por um militar em exercício de sua função conforme descrito pelo artigo 9º acima citado.

O legislador abandonou a expressão “**embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**”, para agasalhar a expressão “**e os previstos na legislação penal**”, significando que não mais existe necessidade de identidade de definição penal, criando outra categoria de crime militar, que passa a ser, qualquer crime previsto na legislação penal [Código Penal e legislação extravagante específica (grifos do autor)]⁷¹

⁷⁰

⁷¹ Assis, Jorge Cesar. **Considerações sobre a Lei 13.491/17 Define crimes militares. Primeiras inquietações.** Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 14 mai 2017.

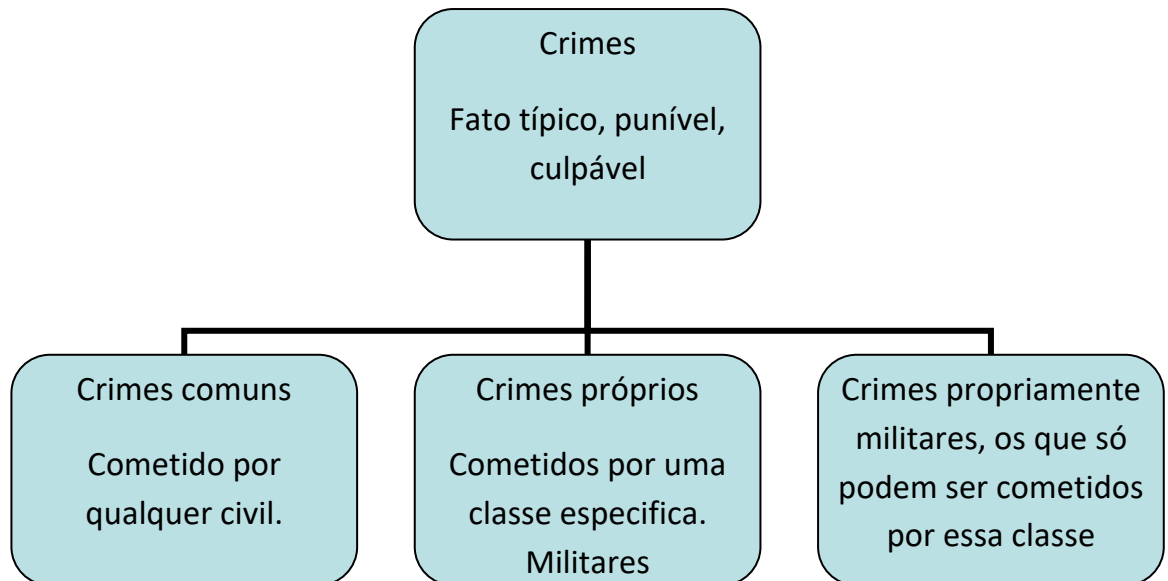
Ainda, conforme as considerações de Renato Brasileiro de Lima consideram-se:

Assim, eventual crime de tortura será julgado e processado perante a Justiça Estadual, salvo se, obviamente, for cometido por pessoa que torna o crime próprio, como, por exemplo, um crime de tortura praticado por funcionário público federal - interesse da União - competência da Justiça Federal. **Aliás, ainda que eventual delito de tortura tenha sido praticado por policiais militares, é preciso considerar como crime próprio diante de quem praticou o delito**, como no exemplo anterior (Grifos nossos)⁷²

Nesse diapasão tem-se a corroboração do entendimento de que mesmo sendo a tortura um crime comum com tipificação específica em lei especial, quando cometida por um militar torna-se crime próprio, pois esse está no exercício da função e perpetra o contido no tipo penal descrito indo ao encontro do que estabelece o já citado artigo 9º do Código Penal Militar

Para um melhor entendimento sobre crime militar, crimes comuns e crimes propriamente militares a figura abaixo nos auxilia.

Figura 1: tipos de crime

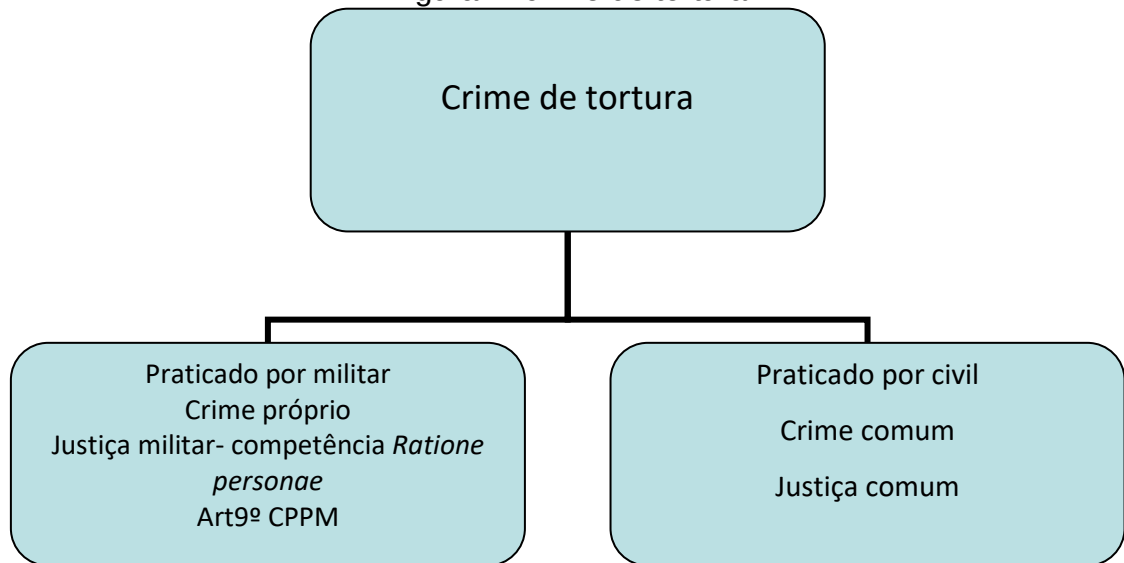


Fonte: o autor

É possível identificar então que os crimes se dividem em próprios e comuns e tem aqueles exclusivamente militares nesse entendimento está o delito de tortura. Vejamos da outra figura que se segue:

⁷² BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p.346

Figura 2: crime de tortura



Fonte: o autor

Considera-se ainda que, quando um policial militar comete um delito seja ele definido pelo Código Penal Militar nos moldes do artigo 9º ou mesmo das condutas específicas eles praticadas, tem-se num primeiro momento a instauração de um inquérito Penal militar em que é considerado como procedimento administrativo para a apuração do fato, tendo em vista o exercício do cargo ou função de militar.

Então, o militar é submetido a um procedimento administrativo para a apuração do fato. A Lei 8.112/90 estabelece que: “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”⁷³

Os objetivos do processo administrativo estão elencados a seguir demonstrando a que pretende

- a) esclarecer se houve a prática de infração disciplinar por determinado servidor público e suas circunstâncias;
- b) garantir que o servidor (acusado) tenha oportunidade de defesa em relação aos fatos a ele imputados e;
- c) respaldar a decisão da autoridade julgadora.⁷⁴

⁷³ BRASIL, Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. Lei do Servidor Público. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso 03 mai 2018

⁷⁴ BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. I. Título. II. Brasil. Advocacia Geral da União. 2015. p.12.

Desse modo, verifica-se que a função principal do processo administrativo é de apuração de uma conduta ou um fato praticado por um servidor militar, dando respaldo a decisão da autoridade julgadora, nos moldes da ampla defesa e do contraditório como ocorre em todo procedimento administrativo.

A título de exemplo de condutas que remetem a existência de um procedimento administrativo militar, Renato Brasileiro de Lima demonstra:

alguns exemplos de ações contra atos disciplinares militares: deserção, crimes de ordem arbitrária, libertação de prisioneiro, abandono de posto, falta de apresentação, tortura, Recusa de obediência ou oposição, coação contra oficial general ou comandante, Separação reprovável, Abandono de comboio, etc.⁷⁵

Dentro do procedimento administrativo militar, a figura do contraditório faz parte da ampla defesa permitindo que sejam trazidos todos os elementos de defesa necessários, seja em fase judicial ou mesmo nos procedimentos administrativos.

Assim, mesmo que esses procedimentos ocorram em âmbito puramente administrativo onde a pessoa é somente investigada ou acusada. Fornecendo o conceito de contraditório Fernando da Costa Tourinho Filho

Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o defensor tem o direito de produzir provas, a acusação também o tem. O texto constitucional quis apenas deixar claro que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à acusação.⁷⁶

Nota-se, portanto, a imprescindibilidade de exercício da ampla defesa e do contraditório considerando que os fatos alinhados pelo apurador do fato dizem se haverá a necessidade de ser remetido à justiça ou não.

Para que haja a defesa efetiva no processo administrativo disciplinar militar a imparcialidade deve preponderar em todos os sentidos, sobretudo impedindo a participação daquele que fez a denúncia de participação no procedimento, como aduz Guilherme Nucci:

⁷⁵ BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p.346

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa **Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p,58

Vale dizer, de maneira ampla e abrangente que, em suma, o funcionário – militar ou civil – encarregado de informar ou fiscalizar atos administrativos tem o dever de se abster da participação em qualquer negócio. O tipo é alternativo, evidenciando condutas geradoras de resultado naturalístico (adquirir bens, por exemplo) e outras, meramente formais, implicando simples atividade (participar ou especular). A tentativa é possível em qualquer situação, embora o momento consumativo seja variável, dependendo da forma material ou formal do delito.⁷⁷

Dada a relevância do inquérito policial militar é possível identificar no momento em que se tem a existência do cometimento de um delito por um membro da corporação de caráter doloso em que a vítima seja um civil, fazendo com que após a apuração dos fatos pelo IPM, tem-se a determinação de que este seja imediatamente remetido à justiça comum caso haja necessidade.

Portanto:

A Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado. Recurso extraordinário não conhecido ⁷⁸

O devido processo legal vem representar a base legal para o bom emprego de todos os demais princípios, dentre eles a ampla defesa e o contraditório, qualquer que seja o ramo do direito processual. Vicente Greco Filho diz:

Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais. O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia, mas, também, cerca-a de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório, sobre os quais se discorrerá mais adiante. ⁷⁹

Feitas as considerações sobre procedimento administrativo frise-se que quando se trata do delito de tortura o processo é remetido direito à justiça comum sem que haja nenhum tipo de análise pela Justiça Militar, seja por meio de procedimento ou processo administrativo.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2ed. Rio de Janeiro: 2016, p.496.

⁷⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar: (em tempo de paz)**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.412.

⁷⁹ FILHO, Vicente Grego. **Manual de Processo Penal**. 8ed., São Paulo: Saraiva. 2004.p.52.

Isso é deveras prejudicial ao militar pois perde a possibilidade da defesa administrativa, bem como o julgamento por seus pares que vivencia diariamente as questões envolvendo o trabalho exercido por um militar.

Em relação às praças das Forças Armadas, basta a condenação da primeira instância, transitada em julgado, para que haja a perda do cargo, ou seja, a perda da graduação, quando, por exemplo, os dispositivos do Código Penal comum supracitados poderiam surtir efeito sem a limitação de apreciação prévia pela segunda instância, por não haver previsão constitucional nesse sentido.⁸⁰

A função do policial militar de combate ao crime e de policiamento ostensivo em alguns casos o levam ao cometimento de condutas que podem se assemelhar ao delito de tortura.

Destarte para a configuração desse tipo de crime, seja praticado por policial militar ou por um civil é a existência do nexo de causalidade e o resultado. Ou seja, nesse caso o policial deverá ter a intenção de causar sofrimento físico e mental na vítima.

A atuação do policial militar em alguns casos leva ao uso moderado da força, sobretudo para proteger a própria pessoa, que em muitas vezes encontra-se exaltada, ou para a proteção de terceiros, o que não deve ser confundido com a tortura em si.

A tipificação do delito de tortura não deixa margens para interpretações, sendo conciso o seu entendimento. Diante disso cabe à justiça militar avaliar esse tipo de delito, sobretudo a considerar a celeridade processual da qual a justiça militar e todo ordenamento jurídico se perfaz.

O policial militar age sob comando de um superior, fazendo com que em alguns casos a ação esteja abarcada pelas excludentes de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal estando cumprindo ordem de superior hierárquico.

Observe o que diz Coimbra sob esse ponto:

Se a ordem contrariar preceito regulamentar ou legal, o executante pode solicitar sua confirmação por escrito, cumprindo ao superior que a emitiu, atender a solicitação. Mesmo assim, o inferior terá que a cumprir, já que somente não se executa a ordem manifestamente criminosa, isto é, quando a ilicitude da ordem é tão visível que extingue a presunção de legitimidade

⁸⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar: (em tempo de paz)**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.583

do comando. É o caso, exemplifica, do superior que manda o subordinado eliminar um desafeto ou praticar atos de tortura em determinada pessoa suspeita” Por essa visão, pode-se afirmar que mesmo a ordem para prática de ato ilegal ou manifestamente ilegal versada por superior presume-se legítima, exceto quando manifestamente criminosa, e, portanto, deveria ser cumprida, mesmo que, para tanto, o subordinado a peça por escrito.⁸¹

Frise-se que nesses casos a ordem recebida deve estar em consonância com o que determina a conduta de um policial militar não devendo se exercer sob pena de não ser acolhida pela excludente mencionada.

3.3 A competência da Justiça Militar como solução do conflito

Pode-se dizer que a justiça militar alcança o determinado pelo Estado Democrático de Direito, com a preservação da liberdade de atuação de todos os que estão presente em uma sociedade, mantendo a dignidade da pessoa humana.

A justiça militar entra como parte integrante do poder Judiciário com regras próprias voltadas aos policiais militares:

De forma sintética, o estado de direito não é outra coisa senão uma situação jurídica, na qual o cidadão é submetido ao respeito do Direito, do simples indivíduo até a máxima autoridade pública. O estado de direito, portanto, refere-se ao respeito pela hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. A Justiça Militar, expressão usada para se entender a jurisdição penal militar, ou, melhor ainda, a Organização Judiciária Militar Integrante que é do Poder Judiciário, ao longo do tempo desenvolve normalmente as atividades para a quais foi concebida, segundo o princípio da harmonia dos Poderes, preconizada pela Constituição Federal.⁸²

Considerando todos os aspectos que devem ser usados para definir a competência, quando se trata de crime de tortura deve ser processado e julgado pela justiça militar, diante da implicação severa da demissão do militar. Como considera Cicero Robson Coimbra Neves:

⁸¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar: (em tempo de paz)**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.495

⁸² BRUN, Coronel Sergio Antônio Berne **A importância da Justiça Militar para o Estado Democrático de Direito**. Disponível em https://www.tjmrs.jus.br/public/arquivos/A_IMPORTANCIA_DA_JUSTICA_MILITAR_PARA_O_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf. Acesso em 01/05/2018

Sobre a via judicial, há que se avaliar como ocorre a perda de graduação de praça em função de condenação por ilícito penal comum. Notadamente, algumas normas penais extravagantes possibilitam a perda do cargo, a exemplo do que ocorre com o § 5º do art. 1º da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que trata do crime de tortura. Não só a lei penal comum extravagante, mas o próprio Código Penal comum, no inciso I do art. 92, determina a perda do cargo como efeito da condenação.⁸³

Diante do exposto, deveria ter o entendimento que a competência pertence à Justiça Militar, tendo em vista que o autor dos fatos pertence à corporação que possui elementos e previsão legal para o julgamento e elucidação dos fatos, pois através de um procedimento administrativo as investigações se desenrolam como se estivesse na Justiça Comum.

Quando considerada as questões de competência a transferência dos casos de tortura praticados pelo polícia militar deve ser da Justiça Penal Militar por força de competência absoluta, visto se tratar de crime próprio.

Esse é o entendimento prescrito pela Lei 13.491/2017 ao analisar o alcance dos delitos militares.

É indispensável a transferência nestes casos de tortura da jurisdição da Justiça Comum para a Militar, por força de competências absolutas em razão da matéria (“*ratione materiae*” – crimes militares) e em razão do cargo (“*ratione personae*” – militares).⁸⁴

Assim dispõe o parágrafo segundo do dispositivo legal acima mencionado:

Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

- I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;
- II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou
- III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:⁸⁵

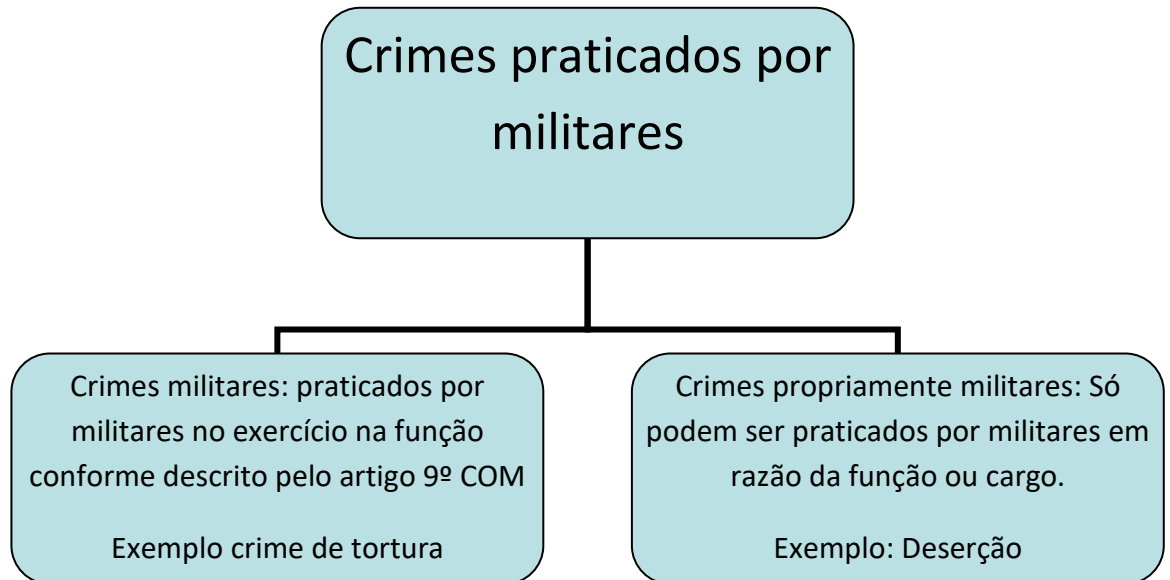
⁸³ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p.1026.

⁸⁴ CANOLA, Fred **O entendimento de crimes militares a luz da Lei 13.491/2017**. Disponível em <https://canola20.jusbrasil.com.br/artigos/511640289/nova-definicao-de-crime-militar-advinda-da-lei-n-13491-2017>. Acesso em 04 mai 2018

⁸⁵ BRASIL, LEI FEDERAL 13.491/2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm. Acesso 04 mai 2018

A seguir a figura que se segue demonstra os crimes militares e os crimes propriamente militares

Figura 3: Crimes militares e crimes propriamente militares



Fonte: o autor

Mesmo se tanto de crime próprio ou crime propriamente militar o importante é considerar que a competência é dada à Justiça Militar para processar e julgar os casos em questão.

Desse modo, a competência da Justiça Militar se perfaz em se tratando de delitos praticados no contexto descrito. Ora, o delito de tortura é de muitas particularidades e de suma importância a configuração de os elementos componentes do delito e o liame de ligação entre eles.

Não há que se falar em tortura se não houver a intenção de provocar o sofrimento físico e mental proposto, como já dito.

Entender a competência da Justiça Militar nesse sentido vai ao encontro de disseminar todo e qualquer conflito de competência absoluta que possa existir nesse caso.

Em se tratando de crime próprio praticado pelo policial militar a competência, indiscutivelmente é da Justiça Militar.

Nota-se que se seguir o entendimento de que a Justiça Comum como competente seria algo que poderia causar um efeito devastador na vida do militar, já que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Há o entendimento de que tal dispositivo possui uma eficácia ampla, de sorte que toda perda de graduação de praça das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares deverá passar pelo crivo da segunda instância castrense. Dessa forma, havendo condenação, por exemplo, por tortura, com a consequente perda do cargo, a condenação transitada em julgado, por representação do Ministério Público, será levada à apreciação do tribunal competente que é o da justiça militar.⁸⁶

A Justiça Militar é composta pela primeira e segunda instância que permite ao militar recorrer das decisões na própria polícia militar, sendo composta da seguinte forma nos moldes do artigo 91 da Lei 8.457/92, que organiza a Justiça Militar:

Art. 91. O Conselho Superior de Justiça é órgão de segunda instância e compõe-se de dois oficiais-generais, de carreira ou reserva convocado, e um Juiz-Auditor, nomeados pelo Presidente da República.
Parágrafo único. A Presidência do Conselho Superior de Justiça Militar é exercida pelo juiz de posto mais elevado, ou pelo mais antigo, em caso de igualdade de posto.⁸⁷

Desse modo, mesmo na justiça militar é possível considerar a existência de recurso sem que seja remetido a outra justiça.

O fato de contar com juízes militares e juízes civis - tanto na Primeira quanto na Segunda Instância - permite que as decisões, sempre tomadas pela maioria, resultem do conhecimento jurídico dos juízes togados e da experiência dos juízes oficiais militares.⁸⁸

Os benefícios da Justiça militar dividida em primeira e segunda instância é a celeridade na avaliação das questões de sua competência. É aceitável que a eficácia e presteza da entrega da prestação jurisdicional, na Justiça Militar, derivem da existência de órgãos próprios, bem disseminados e com número apropriado de magistrados, promotores e defensores.

⁸⁶ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, p.1029.

⁸⁷ BRASIL, Lei 8.457/92. Organiza a Justiça Militar. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8457.htm. Acesso em 09 jun 2018.

⁸⁸ CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. **A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

Não se pode olvidar o tamanho da importância da polícia militar para a população de modo geral, mormente a população de bem, ordeira que busca viver sob os critérios de justiça.

Diversas são as falas no sentido de que o processamento e julgamento do delito de tortura praticado pelo militar pela Justiça Militar leva ao corporativismo é retroagir no tempo e não entender a instituição como parte importante do Estado Democrático de Direito.

Não vale aqui o argumento arcaico de corporativismo das instituições militares na condução de Inquérito Policial Militar, pois vale bem frisar, todo Inquérito Policial Militar é encaminhado ao Ministério Público e este é quem exerce o controle externo da atividade policial, podendo inclusive requisitar novas diligências e a própria instauração de Inquérito Policial Militar, por força Constitucional.⁸⁹

Ainda nesse contexto a celeridade processual deve ser avaliada com estima pois o fato de ser processada e julgada pela Justiça Militar permite que tal se configure.

Além disso, é de noção jurídica existência de celeridade e a eficiência da justiça militar estadual em seus processos, e com confiança nessa sistemática processual a sociedade como um todo se beneficia, pois, verá que nesses casos a prestação jurisdicional é mais rápida e individualizada, em todos os casos que os militares estejam envolvidos.

Sendo assim, qualquer entendimento contrário ao de que a Justiça Militar é a competente para processar e julgar os crimes de tortura praticados por policiais militares não deve prosperar.

⁸⁹ CANOLA, Fred **O entendimento de crimes militares a luz da Lei 13.491/2017**. Disponível em <https://canola20.jusbrasil.com.br/artigos/511640289/nova-definicao-de-crime-militar-advinda-da-lei-n-13491-2017>. Acesso em 04 mai 2018

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O delito de tortura tem ampla consideração no ordenamento jurídico brasileiro devido às suas características próprias. A existência de danos físicos e mentais de alta complexidade advindos do cometimento dessa espécie de crime faz com que não somente o Brasil, mas todo o mundo reúna esforços para que não ocorra.

Em se tratando de crime com tipificação específica na Lei 9.455/97, conhecida como lei de tortura, assim como nos demais crimes, deve reunir características específicas para o seu cometimento, tais como tipicidade, nexo de causalidade, conduta e danos.

Nesse entendimento a finalidade da conduta praticada que é a de ocasionar intenso sofrimento físico e mental na vítima de modo a trazer danos graves e imensuráveis, deve se comprovar por meio da ligação entre a conduta e o resultado obtido.

O delito de tortura embora considerado como crime comum ou improprio que implica em dizer que pode ser praticado por qualquer pessoa da sociedade, quando cometido por militar durante o exercício de sua função torna-se crime próprio conforme o descrito no artigo 9º do Código Penal Militar, recentemente alterado pela Lei 13,491/17.

A partir de então o legislador passa a tratar como crime militar todos aqueles descritos em Lei Penal e Lei específicas ampliando o rol dos crimes militares.

Veja, dessa forma, a considerar os critérios de competência processual penal existentes os crimes militares devem ser processados e julgados pela Justiça Militar conhecida também como Castrense.

A Justiça Militar pauta pela existência de um procedimento administrativo momento em que se tem a apuração do fato realizado pela corporação garantindo a existência da ampla defesa e do contraditório a todos os que cometem crime militar.

Diante disso verifica a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes de natureza militar trata-se de competência absoluta em razão da pessoa que cometeu o delito.

Feitas as considerações sobre esses pontos no decorrer da pesquisa foi possível observar que quando se trata de delito de tortura praticado por um militar a determinação é que seja enviado imediatamente à Justiça Comum, sem sequer a apuração dos fatos por procedimento administrativo e consequente Inquérito Policial Militar.

Ao entender que a Justiça Militar é a competente para processar e julgar os crimes de tortura praticado por militares, faz com que seja impedido a possibilidade de existência de conflitos nesse sentido, ou seja, conflitos de competência que só fazem atrasar o curso do processo.

Não há qualquer justifica para entendimento contrário, sobretudo no que diz respeito à existência de corporativismo, pois os julgamentos pelos pares não tendem a beneficiar o militar e sim trazer à tona as verdades contidas no cotidiano de policiamento ostensivo e de combate à criminalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jaqueline Gerônimo. **O crime de tortura> tipificação legal.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/26019/crime-de-tortura-tipificacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 18 mar 2018

ASSIS, Jorge Cesar. **Considerações sobre a Lei 13.491/17 Define crimes militares. Primeiras inquietações.** Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 14 mai 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva, 2014.

BRASIL, Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. Lei do Servidor Público. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso 03 mai 2018

_____. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** *Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **CONSITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO.** *Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. Define o crime de tortura e dá outras providencias.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 18 mar 2018

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR.** Disponível em <https://www.stm.jus.br/transparencia/perguntas-frequentes>. Acesso em 25 mar 2018

_____. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância.** I. Título. II. Brasil. Advocacia Geral da União.2015. p.12.

_____. **Lei 8.457/92. Organiza a Justiça Militar.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8457.htm. Acesso em 09 jun 2018.

_____. **CÓDIGO PENAL.** *Vade mecum,* São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **CÓDIGO PROCESSO PENAL.** *Vade mecum,* São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASILEIRO, Renato **Manual de Processo Penal.** 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

BRUN, Coronel Sergio Antônio Berne **A importância da Justiça Militar para o Estado Democrático de Direito.** Disponível em

https://www.tjmrs.jus.br/public/arquivos/A_IMPORTANCIA_DA_JUSTICA_MILITAR_PARA_O_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf. Acesso em 01/05/2018

CANOLA, Fred **O entendimento de crimes militares a luz da Lei 13.491/2017**. Disponível em <https://canola20.jusbrasil.com.br/artigos/511640289/nova-definicao-de-crime-militar-advinda-da-lei-n-13491-2017>. Acesso em 04 mai 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. **A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência**. . Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em: 25 out. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18 ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015.

FILHO, Vicente Grego. **Manual de Processo Penal**. 8ed., São Paulo: Saraiva. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Tortura: aspectos conceituais e normativos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em 23 mai 2018

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

_____. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2014.

MAFRA, Francisco. **Ideias acerca da função pública**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=495>. Acesso em set 2017

MIRABETE, Júlio Fabbrini **Manual de Direito Processual Penal**- parte Geral. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Processo Penal**, 14ª edição, São Paulo, Atlas, 2013.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos: Texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2014,

NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014.

_____. **Manual de direito processual penal militar: (em tampo de paz)**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal Militar Comentado**. Rio de Janeiro:Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 20 MAR 2018

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro V.1**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

ROMANO, Rogerio Tadeu. **As incompetências no Direito Processual Penal**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37857/a-incompetencia-absoluta-e-suas-consequencias-no-processo-penal>. Acesso em 28 abr 2018

SILVA, Cleuton Barrachi. **A Pouca Aplicação da Lei 9455/97 (Lei de Tortura)**. In: "A priori", INTERNET. Disponível em http://www.apriori.com.br/artigos/lei_de_tortura.shtml>. Acesso em 20 mar 2018

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. **Considerações acerca da disciplina do crime de homicídio no Código Penal brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9433>>. Acesso em 30 mar 2018.

TAVARES, Bruno. **A competência processual penal**. Disponível em <https://tavaresbruno.jusbrasil.com.br/artigos/320513619/competencia-no-processo-penal>. Acesso em 06 abr 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa **Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro- parte geral**. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.