



**MINISTÉRIO DA DEFESA EXÉRCITO
BRASILEIRO DECEX – DESMil – DEPA**

**ESCOLA DE FORMAÇÃO
COMPLEMENTAR DO EXÉRCITO E
COLÉGIO MILITAR DE SALVADOR**

Cap QCO RUIZ ROMULO OLIVA PIMENTEL

**O ASSESSORAMENTO PREVENTIVO DIANTE DA LEI Nº 13.869, DE 5 DE
SETEMBRO DE 2019, NAS ORGANIZAÇÕES MILITARES DO EXÉRCITO
BRASILEIRO**

**PICOS – PI
2020**

RUIZ RÔMULO OLIVA PIMENTEL

O ASSESSORAMENTO PREVENTIVO DIANTE DA LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019, NAS ORGANIZAÇÕES MILITARES DO EXÉRCITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Comissão de Avaliação de Trabalhos Científicos da Divisão de Ensino da Escola de Formação Complementar do Exército, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Ciências Militares.
Orientador: Cap JULIO CESAR MACEDO FELICIANO DA SILVA.

RUIZ RÔMULO OLIVA PIMENTEL

O ASSESSORAMENTO PREVENTIVO DIANTE DA LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019, NAS ORGANIZAÇÕES MILITARES DO EXÉRCITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Comissão de Avaliação de Trabalhos Científicos da Divisão de Ensino da Escola de Formação Complementar do Exército, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Ciências Militares.

Orientador: Cap JULIO CESAR MACEDO FELICIANO DA SILVA.

Aprovado em: _____ / _____ / 2020

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO

Presidente

1º Membro

2º Membro

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo sentido vida, aos meu pais pelo amor com que educaram, pelas inúmeras horas que velaram meu sono, e pelas palavras de incentivo a cada tropeço de minha jornada, minha eterna gratidão.

À minha esposa Ana Paula Almeida Santos Requião e meu filho Miguel Requião Pimentel pela compreensão, apoio e companheirismo nos momentos em que este trabalho foi priorizado.

Ao Capitão Julio Cesar Macedo Feliciano da Silva, meu orientador, meus sinceros agradecimentos pela dedicação, orientação e paciência na realização deste trabalho.

A todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho.

O ASSESSORAMENTO PREVENTIVO DIANTE DA LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019, NAS ORGANIZAÇÕES MILITARES DO EXÉRCITO BRASILEIRO

Resumo. Este artigo pretende reunir subsídios para um assessoramento preventivo no âmbito das organizações militares do Exército Brasileiro, em face da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, para que, previamente à tomada de decisões, sejam avaliadas as precauções para evitar a prática de condutas definidas como crimes de abuso de autoridade. Anteriormente à Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, os crimes de abuso de autoridade eram definidos por meio da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a qual não previa o militar como sujeito ativo de crime de abuso de autoridade, competindo, portanto, à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço, conforme Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça. A recente previsão na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, do militar como sujeito ativo de tipos penais relativos ao abuso de autoridade, demanda cautela das autoridades militares para que sejam evitadas condutas típicas ensejadoras de persecução penal capaz de causar algum impacto nas atividades militares ou na imagem da Força, além de potencial aumento de demanda da Polícia Judiciária Militar.

Palavras-chave: Abuso de Autoridade. Direito Penal Militar. Assessoramento Preventivo.

Abstract. This article intends to gather subsidies for preventive advice within the scope of military organizations of the Brazilian Army, in the face of Law No. 13,869, of September 5, 2019, which provides for crimes of abuse of authority, so that, prior to decision-making, the precautions to avoid the practice of conduct defined as crimes of abuse of authority are evaluated. Prior to Law No. 13,869, of September 5, 2019, crimes of abuse of authority were defined through Law No. 4,898, of December 9, 1965, which did not provide for the military as an active subject of a crime of abuse of authority, therefore, it is incumbent on the Common Justice to prosecute and judge the military for the crime of abuse of authority, even if practiced in service, according to Precedent 172 of the Superior Court of Justice. The recent provision in Law No. 13.869, of September 5, 2019, of the military as an active subject of criminal types related to the abuse of authority, demands caution from the military authorities in order to avoid typical conduct conducive to criminal prosecution capable of causing some impact on the military activities or the image of the Force, in addition to the potential increase in demand from the Military Judicial Police.

Keywords: Abuse of authority. Military Criminal Law. Preventive Advice.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo reunir fundamentos para subsidiar a tomada de decisões de militares, no exercício regular e legítimo de suas funções, que não impliquem em condutas tipificadas como crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

A tipificação de conduta como crime militar de abuso de autoridade é recente. Anteriormente à Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, os crimes de abuso de autoridade eram definidos por meio da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a qual não previa o militar como sujeito ativo de crime de abuso de autoridade.

Concomitantemente a essa ausência de previsão do militar como sujeito ativo do crime de abuso de autoridade na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a definição de crime militar estabelecida no Art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) – até o advento da lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 – não comportava o entendimento no sentido da existência de definição de tipo penal militar em legislação penal diversa do Código Penal Militar (CPM).

Desse modo, não havia dissenso doutrinário quanto ao não cabimento do militar como sujeito ativo de conduta tipificada na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, por falta de previsão legal expressa e em homenagem ao princípio da legalidade no Direito Penal.

Não obstante, com o advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, o militar passou a ser sujeito ativo dos tipos penais definidos pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, em razão da nova definição de crimes militares, constante na atual redação do Art. 9º do Código Penal Militar.

Na realidade, com a nova redação do Art. 9º, II, do Código Penal Militar, os crimes militares em tempo de paz deixaram de ser somente os previstos Código Penal Militar para abranger também os crimes previstos na legislação penal, desde que praticado nas circunstâncias das alíneas do inciso II, do Art. 9º do Código Penal Militar.

A despeito da nova redação do inciso II, do Art. 9º do Código Penal Militar, que ampliou a definição de crime militar; a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que revogou expressamente a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, passou a prever expressamente, em seu Art. 2º, I, o militar como sujeito ativo de crime de abuso de autoridade.

Diante do exposto, observa-se a necessidade de reunir subsídios para um assessoramento preventivo e eficaz, capaz de munir os militares de informações úteis o

suficiente para que sejam evitadas condutas definidas como crime de abuso de autoridade; bem como o preparo para essa nova demanda para a Polícia Judiciária Militar.

2. VOLUNTARIEDADE NAS CONDUTAS TIPIFICADAS PELA LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

De acordo com a teoria finalista da ação¹ e segundo o conceito analítico, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável². Portanto, para a constatação da ocorrência de crime, não basta a simples verificação da ocorrência de uma conduta prevista na legislação penal, é necessário que se observe também a voluntariedade do agente (culpa ou dolo) direcionada à prática de uma conduta, ou seja, existe a necessidade de se perquirir sobre a existência de comportamento humano voluntário dirigido a um fim, não sendo suficiente a mera constatação de uma conduta definida como crime³.

Desse modo, o conceito de crime envolve a análise de um fato típico, antijurídico e culpável. Para a constatação do fato típico é necessário observar se a conduta está enquadrada em lei penal, se o resultado dessa conduta foi desejado ou previsível e se há nexos causal entre o resultado e a conduta. Para a análise da antijuricidade deve-se observar se o agente atuou em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. Já para a culpabilidade deve-se observar a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, ou a exigibilidade de conduta diversa.

Ocorre que a análise desses elementos são debatidos em sede de ação penal, não cabendo à Polícia Judiciária Militar a discussão sobre eles, mas tão somente instaurar, instruir e remeter ao Poder Judiciário o procedimento devido.

Desse modo, pode não ser prudente aguardar o debate no Poder Judiciário sobre o conceito analítico de crime, a ocorrência de culpa ou dolo, ou mesmo sobre a existência ou não de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Nessa esteira, recomenda-se aos militares evitar a prática de atos que possam vir a serem enquadrados como fato típico, de modo a evitar a própria persecução penal, pois, embora esteja estabelecida a presunção de inocência ou de não culpabilidade no Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴, os militares, que estão sujeitos a relação especial

¹ BRASIL, Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000004-05.2005.7.12.0012. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS. Data de Julgamento: 08/10/2008, Data de Publicação: 02/04/2009.

² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1616400/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016.

³ BRASIL, Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000260-67.2013.7.01.0401. Relator(a): Ministro(a) JOSÉ BARROSO FILHO. Data de Julgamento: 07/02/2017, Data de Publicação: 17/02/2017.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 23/09/20.

de sujeição⁵, são submetidos a limitações decorrentes de persecução penal como a não promoção⁶, proibição de ser transferido para guarnição sujeita a outra Circunscrição de Judiciária Militar⁷, impedimento para a transferência para a reserva remunerada⁸, bem como a interrupção de licenças para tratar de interesse particular e para acompanhar cônjuge ou companheiro⁹.

Existem casos em que a ação penal demanda tempo razoável para o trânsito em julgado, como exemplo destaca-se a Ação Penal nº 0000014-06.2010.7.11.0011, da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, decorrente do Inquérito Policial Militar nº 108/06, instaurado pelo então Comandante Militar da Amazônia, por meio da Portaria nº 011-Sv Pol, de 11 de agosto de 2006, sendo a denúncia recebida em 18 de fevereiro de 2008¹⁰, em que foram 29 (vinte e nove) militares denunciados, tendo sido exarado sentença em 17 de julho de 2020, em que 11 (onze) militares foram absolvidos de todas as infrações que lhes foram imputadas.

Possivelmente, esses militares absolvidos não puderam ser promovidos, ou transferidos para a reserva remunerada, salvo a ocorrência da idade limite para permanência no serviço ativo, conforme Art. 98 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 e Art. 393 do CPPM. Podendo ter havido oficial com mais de 12 (doze) anos sem constar em Quadro de Acesso e, portanto, sem ser promovido.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 458. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA. Data de Julgamento: 07/08/2019. ADPF 458. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 07/08/2019. Publicação: 14/08/2019. Decisão.

⁶ BRASIL. Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972. Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15821.htm>. Acesso em 23/09/20.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20.

⁹ BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Estatuto dos Militares. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/16880compilada.htm>. Acesso em 23/09/20.

¹⁰ “A denúncia oferecida no IPM 108/06 foi recebida pelo Juízo da Auditoria da 12ª CJM em 18 de fevereiro de 2008 (evento 77, doc. 64, fl. 36), tendo dado origem ao Processo nº 10/08-4 (numeração única 0000015-97.2006.7.12.0012). O Conselho Especial de Justiça para o Exército da 12ª CJM, em 02 de julho de 2008, determinou a cisão do referido Processo (evento 77, doc. 65, fl. 14/20), sendo que as condutas perpetradas, em tese, nas unidades militares da Guarnição de Manaus/AM continuariam a ser apreciadas no Processo acima referido, e as praticadas, em tese, em Manaus/AM com reflexo em Unidades Militares localizadas em São Paulo e Brasília, passariam a ser objeto de um novo Processo, qual seja, o processo nº 45/08-2 (atual FO nº 000014-06.2010.7.11.0011). Em virtude da impossibilidade de constituir o Conselho Especial de Justiça, foi solicitado, pelo Juízo da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, em 30 de julho de 2009, o desaforamento do Processo nº 45/08-2, o que foi deferido pelo Superior Tribunal Militar (evento 77, doc. 70, fl. 55/63), que determinou a remessa do feito à 11ª Circunscrição Judiciária Militar. Os autos foram reatuados com a numeração única 000014-06.2010.7.11.0011 e posteriormente redistribuídos à 2ª Auditoria.”

O não conhecimento da existência da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019¹¹, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, pode implicar na prática de conduta tipificada nessa Lei sem que o agente tenha a previsibilidade da criminalização dessa conduta, ou seja, o militar pode cometer um crime sem saber que a conduta que praticou é definida como crime na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, podendo incidir em erro de direito ou erro de fato, disciplinados nos Arts. 35 e 36 do Código Penal Militar¹².

Ocorre que no erro de direito não há a extinção da punibilidade e no erro de fato, para que ocorra isenção de pena, observa-se a necessidade de ocorrência de erro plenamente escusável sobre a existência ou não de um fato relevante, que pode interferir na adequação de conduta típica e na subsunção do fato à norma.

Não obstante, convém destacar que a incidência ou não de erro de direito ou de erro de fato são analisados no processo judicial, sendo irrelevante e desinfluyente a opinião da Polícia Judiciária Militar, tendo em vista a característica do inquérito policial militar, qual seja, de instrução provisória para a apuração sumária de **fato**, sendo somente efetivamente instrutórios os exames, perícias e avaliações, conforme Art. 9º do CPPM,¹³.

Desse modo, até o Poder Judiciário decidir, o militar sub júdice permanece sujeito a algumas imposições legais, como exemplo: proibição de ser transferido para guarnição sujeita a outra Circunscrição de Judiciária Militar; impedimento para a transferência para a reserva remunerada; interrupção de licenças para tratar de interesse particular e para acompanhar cônjuge ou companheiro, impedimento inclusão de oficial em Quadro de Acesso e Lista de Escolha.

A despeito da possível ocorrência de erro de fato ou erro de direito, não se deve olvidar que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, conforme o Art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Portanto, observa-se a importância do Art. 3º da LINDB no planejamento das atividades militares, pois as ações devem ser planejadas dentro do ordenamento jurídico pátrio, de maneira que a atuação dos militares não venha a ensejar discussão sobre alguma ilicitude descrita na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 23/09/20. de julho de 2020

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar (CPM). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001Compilado.htm. Acesso em 23/09/20.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar (CPM). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001Compilado.htm. Acesso em 23/09/20.

Diante do exposto, exsurge a necessidade de uma atuação preventiva para que condutas possivelmente enquadradas como crime na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, sejam evitadas, sobretudo em razão de tipos penais previstos na supracitada lei serem facilmente evitáveis, bastando, para tanto, o conhecimento da criminalização de determinadas condutas e, nos casos do exercício de atividade de polícia judiciária militar, uma estrutura de apoio mínima, com computador, acesso à internet, scanner, sistema operacional que suporte software que implemente OCR nos arquivos em PDF, e demais recursos que permitam o atendimento do Ato Normativo Nº 239, de 30 de outubro de 2017, e Ato Normativo Nº 240, de 30 de outubro de 2017¹⁴, ambos do Superior Tribunal Militar.

¹⁴ Disponível em <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/processo-judicial-e-proc-jmu/legislacao>>. Acesso em 02 de agosto de 2020.

3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Consoante Art. 124 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, portanto, para entender a competência da Justiça Castrense é necessário entender a definição de crime militar.

Até o advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que ampliou a definição de crimes militares, não competia à Justiça Militar julgar crimes de abuso de autoridade definidos pela revogada Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Podendo o excesso na conduta de um militar ser punido na Justiça Castrense a partir da aplicação da agravante genérica conhecida como abuso de poder, prevista art. 70, inciso II, alínea ‘g’, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar (CPM), segundo se observa no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 0000252-83.2014.7.01.0101¹⁵.

Sobre a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes de abuso de autoridade, leciona LIMA¹⁶ que a Justiça Militar não tinha competência para o julgamento dos crimes de abuso de autoridade, vez que esses crimes não estavam previstos no Código Penal Militar, e sim na revogada Lei n. 4.898/65, não podendo, portanto, esses crimes serem considerado crime militar, pois os crimes militares, até o advento da Lei n. 13.491/17, somente eram os definidos exclusivamente no Código Penal Militar (CPM), consoante a Súmula n. 172 do STJ, que firmou entendimento que à Justiça Comum competia processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço. E que, a partir da nova redação do art. 9º, II, do Código Penal Militar, dada pela Lei n. 13.491/17, a Justiça Militar da União e dos Estados passaram a ter competência para julgar os crimes previstos no CPM e legislação penal, quando praticados em uma das hipóteses do art. 9º, II, do Código Penal Militar.

Registrando as alterações provocadas pela Lei 13.491/2017 no Código Penal Militar, CUNHA¹⁷, sobre os militares e o crime de abuso de autoridade, observa que agora compete à Justiça Castrense processar e julgar crimes praticados por militares, mesmo que definidos fora do Código Penal Militar.

Atualmente, em razão do disposto no Art. 2º, I, da Lei nº 13.869, de 5 de setembro

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 0000252-83.2014.7.01.0101. Relator(a): Ministro(a) JOSÉ BARROSO FILHO. Data de Julgamento: 04/11/2015, Data de Publicação: 19/11/2015).

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador. Editora JusPODIVM, 2020. p. 49-50.

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. 2.ed rev., atual. E ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 27.

de 2019, que dispõe expressamente o militar como sujeito ativo de crime de abuso de autoridade, observa-se pouca margem para infirmar a competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes previstos na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, nas hipóteses do art 9º do Código Penal Militar.

4.TIPOS PENAIS DESTACADOS DA LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

Em razão da possibilidade de militares praticarem condutas enquadradas nas hipóteses de incidência dos artigos 9º, 12, 13, 19, 20, 27, 29, 30 e 32, todos da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, tais dispositivos merecem uma atenção especial, pois tratam de descrições de condutas que podem ser inadvertidamente praticadas por militares. A seguir serão analisados os tipos penais acima destacados, os quais podem ser de maior incidência na persecução penal realizada pela polícia judiciária militar.

4.1 Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais

O texto do Art. 9º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, é bastante amplo, e genérico o suficiente para enquadrar como medidas de privação de liberdade uma série de medidas adotadas nas organizações militares, tais como, impedimento, detenção, prisão disciplinar, todas essas medidas estão previstas no Art. 24 do Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002¹⁸, podendo ser possível, ainda, além das medidas acima mencionadas, a convalescença compulsória em enfermaria, em que militares permanecem em enfermaria de organização militar para o restabelecimento de sua saúde.

A expressão “em desconformidade com as hipóteses legais” pode não ser suficientemente bem definida, pois, pode-se entender que hipóteses legais são apenas as hipóteses estritamente previstas em lei em sentido estrito, excluindo, desse modo, as medidas de privação da liberdade previstas apenas em normas infralegais, como as medidas definidas no Art. 24, do Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

Assim, pode ser possível o entendimento que as medidas de privação de liberdade não previstas em lei em sentido estrito são ilegais, e, portanto, passíveis de persecução penal por incidência do Art. 9º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. O que poderia ensejar persecução penal na aplicação de uma prisão disciplinar, pelo fato de a prisão disciplinar não ter previsão legal em sentido estrito, mas em decreto, mais precisamente no Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, ainda que não houvesse falha no processo de apuração da transgressão disciplinar ou não existisse qualquer erro procedimental na aplicação de sanção disciplinar que limite a liberdade do disciplinado.

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.346%2C%20DE%2026,4\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.346%2C%20DE%2026,4)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.>). Acesso em 23/09/20.

Não obstante, é possível que prevaleça o entendimento que a privação de liberdade prevista no Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, imposta conforme a normatização infralegal disponível, tem fundamento legal e constitucional, pois na CRFB/88, em seu Art. 5º, LXI¹⁹, observa-se o permissivo constitucional para a privação de liberdade em casos de transgressão militar, e o Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, regulamenta o art. 47 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto do Militares)²⁰, devendo prosperar, portanto, o entendimento no sentido de haver conformidade das previsões de privação de liberdade previstas no Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, com o ordenamento jurídico pátrio.

Ainda assim, sendo esse o entendimento a ser pacificado, haveria a necessidade de uma maior cautela para a aplicação dessas medidas de privação da liberdade; pois, uma falha na publicação do boletim interno da organização militar, sobre uma determinada prisão disciplinar, por exemplo, poderia sujeitar o chefe da 1ª Seção do Estado-Maior do Corpo (S1), o Comandante de Subunidade, bem como o próprio Comandante da Unidade a responderem ação penal por abuso de autoridade.

Pode ser cabível ainda o enquadramento do tipo penal em comento nos casos em que a custódia deixa de ser legítima, como observado no Habeas Corpus nº 2002.01.033748-2, julgado pelos Superior Tribunal Militar, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRIMEIRA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO EM REGIME FECHADO. REFORMA DO "DECISUM" PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. REDUÇÃO DA PENA E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. ACÓRDÃO JÁ TRANSITADO EM JULGADO. DECISÃO SUPERIOR NÃO CUMPRIDA PELO JUÍZO "A QUO". MANUTENÇÃO INDEVIDA DA PRISÃO. 1. Pelo processo a que respondeu o ora Paciente na Justiça Castrense, está o mesmo sofrendo coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade e abuso de poder, praticados pela autoridade apontada como coatora, uma vez que, fazendo tábula rasa da decisão do Superior Tribunal Militar, **manteve o condenado indevidamente preso**, mesmo depois de receber a informação oficial do trânsito em julgado do Acórdão que fixou em aberto o regime inicial de cumprimento da pena. 2. **A manutenção indevida de uma prisão por parte de qualquer responsável pela custódia é tão grave, que a lei define tal fato como crime de "abuso de autoridade"**, sujeitando-se o infrator à sanção administrativa civil e penal. Conhecido do pedido e concedida a Ordem. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 2002.01.033748-2. Relator(a): Ministro(a) SÉRGIO XAVIER FEROLLA. Data de Julgamento: 13/08/2002, Data de Publicação: 13/09/2002) (não destacado no original).

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 23/09/20.

²⁰ BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Estatuto do Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/16880compilada.htm. Acesso em 23/09/20.

Ao se observar o julgado conforme ementa supracitada, deve-se ter a maior cautela possível para não permitir que o preso permaneça mais tempo preso do que o estabelecido. A manutenção indevida de uma prisão em razão da espera para realização de exame de corpo de delito ou exame de higidez física, por exemplo, pode não ser motivo suficiente para manter um militar preso por mais tempo.

No julgado acima citado, de 2002, não havia a previsão de abuso de autoridade como crime militar, não obstante o Superior Tribunal Militar identificou a conduta como crime de abuso de autoridade; hoje, tal conduta poderia ser apurada pela Polícia Judiciária Militar e processada e julgada pela Justiça Militar.

Merece atenção a hipótese de internação de militar sem um razoável motivo, conforme se observa no Habeas Corpus nº 1991.01.032721-5:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PROCESSADO POR CRIME DE DESERÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. JULGADO E CONDENADO. APENAÇÃO SUBSTITUIDA POR INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO PSIQUIATRICO. DETRAÇÃO DE TEMPO DE PENA ANTERIORMENTE CUMPRIDA. NÃO REALIZAÇÃO DE NOVA PERICIA, AO TERMINO DO PRAZO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA, NA FORMA DO ARTIGO 112, PARAGRAFO SEGUNDO, DO CODIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. **A MANUTENÇÃO DO PACIENTE NA CONDIÇÃO DE INTERNADO CARACTERIZA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER**, REPARAVEL PELA VIA DE HABEAS CORPUS, NA FORMA DO ARTIGO 467, LETRA 'E', DO CODIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. CONCEDE-SE A ORDEM IMPETRADA PARA QUE SEJA POSTO O PACIENTE EM LIBERDADE INCONTINENTI, SEM PREJUIZO DO APELO INTERPOSTO. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 1991.01.032721-5. Relator(a): Ministro(a) ANTÔNIO CARLOS DE SEIXAS TELLES. Data de Julgamento: 21/03/1991) (não destacado no original).

Desse modo, além dos cuidados para que a imposição de restrição de liberdade esteja inteiramente adstrita aos limites legais e normativos, deve-se atentar, também, para que, na eventual determinação de internação ou convalescença compulsória de militar em enfermaria, haja razão suficientemente fundamentada em documentação nosológica, lavrada por médico, sob pena de incurso no Art. 9º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

4.2 Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal

Inicialmente convém observar que o local da prisão deve ser limpo, arejado, onde o preso possa repousar durante a noite, sendo proibido o seu recolhimento em cela onde não

penetre a luz do dia. Devendo, ainda, ser respeitada a integridade física e psicológica do preso, conforme Arts. 240 e 241, ambos do CPPM²¹.

Relevante pontuar a inconstitucionalidade da incomunicabilidade do preso, por não ter sido recepcionada pela CRFB/88, pois, segundo o Art. 136, § 3º, IV, da CRFB/88²², é vedada a incomunicabilidade do preso na vigência do estado de defesa, que é uma situação excepcional; se nessa situação excepcional não há incomunicabilidade de preso, em situação normal também não haverá.

Nesse sentido, é de bom alvitre que - previamente a um exercício, operação ou qualquer outra atividade militar, em que se vislumbre a possibilidade da ocorrência de prisão em flagrante - haja prévia definição dos locais de recolhimento de eventuais presos, de maneira que sejam evitados locais que não preservem a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo Art. 1º, III, da CRFB/88²³.

Conforme Art. 3º do CPPM, o Código de Processo Penal (CPP) pode ser utilizado supletivamente²⁴, e, segundo consta no Art. 306, § 1º, do CPP, a comunicação de prisão em flagrante deve ocorrer **imediatamente**, devendo a remessa do auto de prisão em flagrante (APF) ocorrer em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, nos seguintes termos:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente** ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até **24 (vinte e quatro) horas** após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (não destacado no original).

Ao se observar o Art. 306, § 1º do CPP²⁵, destaca-se a necessidade de comunicação imediata e remessa auto de prisão em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas, após a realização da prisão, ou seja, existem dois eventos com prazos distintos, quais sejam, a

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 23/09/20.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 23/09/20.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal (CPP). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>, acesso em 23/09/20.

comunicação imediata da prisão e a remessa do auto de prisão em flagrante (APF) em até 24 (vinte e quatro) horas.

A comunicação do flagrante é imediata, somente a remessa do APF que deve ocorrer em até 24 (vinte e quatro horas). Desse modo, a autoridade militar deve se atentar para comunicar a prisão de maneira imediata e não somente perto de atingir o limite de 24 horas.

Não se discute que os militares atuam em todo território nacional, desse modo podem haver prisões em flagrante em localidades sem acesso a comunicação ou em locais em que não seja possível a comunicação imediata, tampouco permitam a remessa do APF no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, circunstâncias essas que demandam que, no planejamento das ações, haja a previsão de procedimento para comunicação imediata da prisão, remessa do APF dentro das 24 (vinte e quatro) horas, envio de material apreendido para a perícia na Polícia Federal, deslocamento do preso à Organização Militar com prisão mais próxima e ao local da audiência de custódia.

O art. 12 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, refere-se a deixar **injustificadamente** de comunicar, e pode haver justificativa para a não comunicação dentro desse prazo. Não obstante, é prudente comunicar a prisão imediatamente, e não deixar transcorrer o período de 24 (vinte e quatro) horas para a remessa do APF.

É possível que o presidente do flagrante entenda que há justificativa para a não comunicação imediata da prisão, contudo a Justiça Militar da União ou o Ministério Público Militar podem entender que não houve justificativa, pois o presidente do flagrante deveria ter paralisado sua atividade, buscado um telefone e ligado para o plantão da Circunscrição Judiciária Militar, o que pode não ser possível, em razão do tipo de atividade que esteja sendo exercida, como uma patrulha dentro da selva amazônica, por exemplo.

Desse modo, observa-se a conveniência do estabelecimento de prévio procedimento para a comunicação imediata de eventual prisão em flagrante ao plantão da Circunscrição Judiciária Militar, ao plantão do Ministério Público Militar, a algum familiar do preso e ao plantão da Defensoria Pública da União, devendo o APF ser remetido dentro das 24 (vinte e quatro) horas.

Merece ainda destaque a previsão de procedimento para o traslado do preso, audiência de custódia, a apreensão de objetos apreendidos por ocasião da prisão em flagrante, bem como o envio para a Polícia Federal de material a ser periciado, destacando-se que pode ocorrer de as perícias serem realizadas somente na capital de um Estado membro da Federação.

Diante das circunstâncias de determinada atividade militar, merece atenção o art. 250 do CPPM, que assevera que a prisão em flagrante em lugar não sujeito à administração militar poderá ser lavrado o auto por autoridade civil, ou pela autoridade militar do lugar mais próximo daquele em que ocorrer a prisão²⁶, podendo, nos casos da ocorrência de eventual crime em local não sujeito à administração militar, ser avaliada a possibilidade da lavratura do APF ocorrer por meio de autoridade de polícia judiciária não militar, sobretudo porque não existe princípio do delegado natural, assim como existe o princípio do juiz natural, o que deve ser previamente planejado.

Não menos importante, deve-se atentar que a remessa do APF ocorre por meio do e-Proc/JMU, que é um sistema informatizado de tramitação dos processos da Justiça Militar da União, acessível por meio do <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/processo-judicial-e-proc-jmu>>²⁷.

4.3 Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro

Os incisos I e II, do art. 13 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, objetivam tutelar os direitos de personalidade de preso, de maneira que não se permita que ao custodiado sejam vilipendiados seus direitos à imagem, nome, honra, que são espécies de direitos de personalidade e são disciplinados pelos artigos 11 a 21 do Código Civil e Art. 5º, X, da CRFB/88, possuindo, portanto, tutela constitucional, mormente por se tratar de direito fundamental de 1ª geração ou dimensão.

A restrição da liberdade não autoriza a lesão a esses direitos, cabendo ao Estado, além de não lesar tais direitos, preservar os direitos de personalidade do custodiado.

Por isso a criminalização da conduta do agente público que autoriza a lesão desses direitos fundamentais, notadamente, no momento atual, em que tais direitos são facilmente ofendidos por meio da internet.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20..

²⁷ Disponível em <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/processo-judicial-e-proc-jmu>>. Acesso em 22 de agosto de 2020.

Portanto, a autoridade de polícia judiciária militar, além de não submeter o preso a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei, deve evitar que o preso tenha sua imagem ou o seu corpo exposto ao público ou na internet.

Destaca-se que, além da sanção penal, é possível a repercussão civil dessa conduta, podendo a autoridade de polícia judiciária militar além de ser condenada pelo crime previsto no Art. 13 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, na própria sentença penal condenatória, ser também condenada a indenizar um valor mínimo, conforme Art. 387, IV, do CPP²⁸, caso assim entenda a Justiça Militar da União; sem prejuízo da condenação a reparar os danos morais sofridos por lesão a direito de personalidade no juízo cível.

O inciso III do Art. 13 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, trata da conduta de constranger o preso a produzir prova contra si, o que pode ocorrer nos momentos em que a autoridade de polícia judiciária militar toma a oitiva do preso; nesse sentido, deve a autoridade de polícia judiciária ter a cautela para não confundir instruções ou orientações a serem transmitidas ao preso com o constrangimento para a produção de provas contra si.

4.4 Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia

Após o recolhimento do preso, a autoridade de polícia judiciária pode receber vários pedidos, os quais podem ser incompatíveis com as normas da prisão da organização militar, normas gerais de ação da unidade, ou qualquer outra norma da organização militar que trate sobre a prisão.

Nesse sentido, caso o preso solicite que seja enviado um pedido seu à Justiça Militar, cabe a autoridade de polícia judiciária militar enviar o pleito do preso, ainda que contrário às normas da organização militar.

Por ocasião do julgamento do STM na Correição Parcial nº 2000.01.001730-8, observa-se a relevância e prestígio que possui o direito constitucional de petição do custodiado, conforme se observa na seguinte ementa:

DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. DIREITO DE PETIÇÃO. CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA. Militar preso por deserção que, inconformado com as condições a que foi submetido no presídio, dirige denúncia escrita diretamente ao Ministério Público Militar, relatando maus tratos. IPM instaurado por requisição do "parquet" militar para apuração das denúncias que concluiu pelo indiciamento do

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal (CPP). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>, acesso em 23/09/20.

desertor no crime de denúncia caluniosa (art. 343, CPM). Entendimento diverso do MPM que pediu o arquivamento do IPM, no tocante à denúncia caluniosa, e a sua remessa para a Justiça Comum para apuração do crime de abuso de autoridade, supostamente cometido por aqueles que executaram a prisão do indiciado e o mantiveram sob guarda. Pedido acolhido pelo Juiz-Auditor. Correição parcial do Juiz-Auditor Corregedor visando ao desarquivamento do IPM sob a alegação de existência de indícios de autoria e materialidade do crime de denúncia caluniosa indeferida, por maioria de votos. Direito de petição aos Poderes Públicos contra abuso de poder assegurado a todos os cidadãos pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, a), como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Correição parcial conhecida e indeferida, por maioria de votos. (Superior Tribunal Militar. Correição Parcial nº 2000.01.001730-8. Relator(a): Ministro(a) FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Data de Julgamento: 24/08/2000).

O prestígio ao direito de petição aos Poderes Públicos previsto no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da CRFB/88, foi sopesado de tal maneira que a Correição parcial do Juiz-Auditor Corregedor visando ao desarquivamento do IPM sob a alegação de existência de indícios de autoria e materialidade do crime de denúncia caluniosa foi indeferida.

Desse modo, um pleito do preso dirigido à autoridade judiciária, ainda que descabido, deve ser remetido.

4.5 Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado

O advogado possui o direito de comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis, segundo consta no Art. 7º, III, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)²⁹. Portanto, o direito do advogado comunicar-se com seu cliente preso já estava disciplinado.

Com a previsão da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, criminalizou-se a conduta de impedir o advogado de comunicar-se pessoal e reservadamente com o seu cliente preso, independentemente de norma infralegal.

Desse modo, ainda que não haja previsão em normas gerais de ação, normas sobre a prisão e condutas com o preso, impedir, sem justa causa, o advogado de comunicar-se com o seu cliente por meio de entrevista pessoal e reservada pode ser entendido como crime, merecendo, nesse sentido, a atenção necessária para que sejam atualizadas as normas das organizações militares sobre a prisão e conduta com os presos.

²⁹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 23/09/20.

4.6 Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível

Anteriormente à previsão da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, o direito do advogado ter acesso e obter cópias dos autos de processo administrativo já estava previsto no Estatuto da OAB, especialmente nos incisos XIII, XIV e XXI, todos do Art. 7º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994³⁰.

Nessa esteira, não caberia ao gestor público avaliar o mérito administrativo para a autorização de vistas ou para o fornecimento de cópias de processo administrativo de interesse do cliente do advogado, desde que o processo em questão não tenha sido submetido à sigilo, ou seja requerido o acesso a atos não documentados, ainda em curso, e que comprometa a investigação.

O Art. 32 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, criminaliza a conduta de negar o acesso ou obtenção de cópias dos processos administrativos de interesse do cliente do advogado postulante. Desse modo, há de se ter a cautela para fornecer o acesso ao processo administrativo em que o cliente do advogado é interessado, sendo esse interesse avaliado a partir das consequências que o processo pode provocar no direito do cliente do advogado.

Pode ocorrer de um advogado requerer vistas de todos as sindicâncias de determinada organização militar, sem que o advogado indique as razões dessas vistas ou mesmo sem deixar definido quem o advogado patrocina.

Nesses casos convém solicitar a procuração do advogado e o motivo para o requerimento de vistas de determinado processo administrativo, tendo a solicitação desse motivo a finalidade evitar que dados relativos aos direitos de personalidade, como a intimidade e privacidade, sejam violados ao serem transmitidos a quem o titular desses direitos não tenham autorizado.

O tipo penal fala em **negar ao interessado**, seu defensor ou advogado. Desse modo, deve-se sempre identificar o interessado, ou seja, há de se verificar se o requerente ou seu advogado estão solicitando vistas de processo em que o requerente pode sofrer alguma consequência do processo, ou seja, se o requerente é interessado.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 23/09/20.

Caso o advogado que requeira vistas ou cópias de processo administrativo não possua procuração, deve-se registrar e protocolizar o requerimento do advogado, bem como sua identificação de advogado, com o respectivo número de registro da OAB, o qual pode ser consultado no Cadastro Nacional de Advogados - <https://cna.oab.org.br/> - eventual óbice ao exercício profissional, como o licenciamento ou a suspensão do advogado que requereu em nome do cliente interessado.

Caso o advogado opte por não requerer por petição escrita, pode-se lavrar um termo de declaração ou uma certidão, com a assinatura do advogado e registro da identificação de advogado – carteira da OAB.

Pode ocorrer de um estagiário inscrito na OAB – com carteira de estagiário da OAB - requerer vistas dos autos e cópias de processo administrativo, diante desse caso, cabe observar o Art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994³¹, que assevera que o estagiário pode praticar atos de advogado, desde que em conjunto e sob responsabilidade de um advogado. Portanto, o estagiário de direito apenas poderá ter vistas dos autos e obter cópias se estiver inscrito na OAB, apresentar a identificação de estagiário, estar acompanhando de advogado ou peticionar juntamente com um advogado.

Identificado que o advogado requer vistas e cópias de um determinado processo administrativo, em nome de um interessado que pode sofrer alguma consequência advinda desse processo, estando documentadas as circunstâncias desse requerimento, registrada a identificação do advogado, do interessado e do processo administrativo, deve-se fornecer vistas e cópias do processo administrativo.

Por exemplo, caso o advogado de um militar que figure como sindicado em uma sindicância que apura dano ao Erário, em razão de um acidente provocado por esse militar, requeira, por petição escrita, acompanhada de procuração, cópia dessa sindicância, a qual apura suposto dano ao Erário provocado por esse militar, é devido o atendimento do requerimento desse militar, por meio de seu patrono; devendo, portanto, ser concedida vistas e fornecidas cópias dessa sindicância, ainda que tais cópias sejam para acompanhar petição perante o Poder Judiciário.

Negar o acesso do advogado do sindicado à sindicância já autuada, instruída, com relatório e solução da autoridade instauradora, com o intuito de tentar retardar o sindicado de

³¹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 23/09/20.

propor ação perante o Judiciário pode-se enquadrar no Art. 32 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Portando, deve-se atender os pedidos do interessado de vistas e cópias de processos administrativos, devendo ser tomadas as devidas cautelas para que não haja ofensa a direito de personalidade.

4.7. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado

No tipo penal do Art. 29 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, pode ocorrer de o militar prestar a informação incorreta em razão do desconhecimento sobre o procedimento em curso, e o investigado entender que foi prejudicado por essa equivocada informação.

Como exemplo, uma determinada empresa, contratada para prestar um serviço ou fornecer um bem para a administração militar, não cumpre sua obrigação estabelecida em contrato administrativo, firmado mediante prévio processo licitatório, e em razão desse inadimplemento é instaurado um processo administrativo para a apuração dessa falta da empresa.

A empresa pode questionar ao encarregado do processo administrativo qual a decisão nesse processo, o qual, por telefone ou e-mail, pode informar que não houve sanção pela não entrega, em razão de no seu relatório ter sido firmado o entendimento que a empresa não deveria ser punida porque era uma empresa parceira.

Enviado o processo administrativo para a autoridade instauradora é dada solução para aplicação de multa e impedimento para licitar.

Após o registro da sanção de impedimento no SICAF, e cobrança da multa a empresa resolve acionar o Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança, com fundamento que lhe foi prestada informação falsa com o fim de ser prejudicada, pois a OM queria um serviço ou um bem de melhor qualidade, não previsto no contrato.

O Ministério Público Federal, ao tomar conhecimento do mandado de segurança, pode opinar pelo indício de prática do Art. 29 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, e solicitar a remessa de cópia dos autos para o Ministério Público Militar, o qual pode requisitar a instauração de IPM para apurar a conduta do encarregado do processo administrativo.

Em realidade, há necessidade de comprovar o dolo de quem prestou a informação falsa, o fim de prejudicar interesse de investigado, contudo é sempre bom evitar ser

denunciado em ação penal, sobretudo em razão das limitações que o militar sub judice enfrenta.

4.8 Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa

Para evitar a ocorrência de conduta descrita no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, antes de instaurar um processo administrativo, deve-se confirmar a existência de uma irregularidade, um ato em desconformidade com uma rotina administrativa previamente estabelecida, que contenha indícios de infração administrativa, ilicitude ou crime, devendo esses indícios estarem lastreados em prova indiciária mínima, como uma testemunha, um documento, um depoimento ou qualquer indício de prova obtido de maneira lícita.

Com vistas a não incidir no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, convém antes da instauração de sindicância, processo administrativo, Inquérito Policial Militar (IPM), Auto de Prisão em Flagrante (APF), Instrução Provisória de Deserção (IPD), Instrução Provisória de Insubmissão (IPI), e apresentação de Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar. (FATD), identificar claramente qual a irregularidade e qual o dispositivo legal ou normativo que pode ter sido violado.

Há necessidade de verificar antes da instauração do procedimento em qual Lei ou norma infralegal (Decreto, Portaria, IG, IR, RDE, NGA) está enquadrada a proibição da conduta praticada pelo sujeito a procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.

Recomenda-se evitar instaurar o procedimento primeiro e só depois identificar qual Lei ou norma infralegal foi descumprida, notadamente em razão da atual produção acelerada de Leis e normas infralegais, pois uma conduta proibida em tempo pretérito pode atualmente estar permitida. Como exemplo, cita-se o revogado § 3º, do Art. 51³², do Estatuto dos

³² BRASIL. Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm. Acesso em 23/09/20.

Militares, que estabelecia que o militar só poderia recorrer ao Judiciário após esgotados todos recursos administrativos e ciência prévia ao superior³³.

Nesse sentido, a autoridade que instaure sindicância para apurar a conduta de um militar que propôs ação no Poder Judiciário para questionar um ato administrativo está sujeita a responder por incidência no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, pois faltaria a constatação de uma irregularidade, bem como a ausência de indício da prática de ilícito funcional, por não haver o próprio ilícito funcional.

Por meio do Habeas Corpus nº 1987.01.032397-0, julgado em 30 de junho de 1987, o STM entendeu que seria abuso de poder a instauração de IPM para a apuração de um fato não definido com crime militar, conforme se verifica na seguinte ementa:

TRANCAMENTO DE INQUERITO. ABUSO DE PODER. FATO QUE NÃO SE AGASALHA NA DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR, DESAUTORIZA A INSTAURAÇÃO DO IPM PARA APURAR RESPONSABILIDADES. **CASO TÍPICO DE INESCONDIVEL ABUSO DE PODER NA INSTAURAÇÃO DO IPM.** VIOLAÇÃO DO PARAGRAFO TERCEIRO DO ARTIGO 10 DA LEI ADJETIVA PENAL MILITAR. PEDIDO DEFERIDO. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 1987.01.032397-0. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) JOSÉ LUIZ BARBOSA RAMALHO CLEROT. Data de Julgamento: 30/06/1987, Data de Publicação: 11/11/1987) (não destacado no original).

Atualmente, a conduta exposta no julgamento supracitado poderia submeter a autoridade de polícia judiciária militar a persecução penal pelo crime do Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, pois, ainda que a autoridade de polícia judiciária militar identifique uma irregularidade, que não seja também crime de um militar, a falta de indício da prática de crime militar não autoriza a instauração de IPM; não devendo, nesse sentido, ser instaurado IPM para apurar uma irregularidade que não seja também crime.

Ainda que tenha sido constatada uma irregularidade, deve-se identificar a algum indício de ilícito funcional, administrativo ou penal, sendo esse indício de ilícito constatado a partir de prova indiciária mínima, como uma testemunha, um documento, um depoimento ou qualquer meio de prova lícito, devendo-se evitar a instauração de procedimento para apurar uma conduta que, embora seja irregular, não seja vedada em lei ou normas infralegais; ou instaurar procedimento com lastro apenas no que se ouviu falar, sendo imprescindível a observância da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, que trata da interceptação de comunicações telefônicas.

³³ Redação do revogado § 3º, do Art. 51 do Estatuto dos Militares: “O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.”

4.9 Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

No Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a autoridade instaura o processo administrativo sabendo que o indivíduo sujeito ao processo é inocente, ou não há justa causa. Desse modo, recomenda-se abster de instaurar processo em desfavor de alguém que autoridade sabe que é inocente, mas instaura o procedimento com a finalidade estimular uma determinada conduta ou para disciplinar o militar, o que sempre foi desvio de finalidade do ato administrativo; não obstante, a partir da vigência da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, esse desvio de finalidade passou a ser também crime.

Observa-se que no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, o crime é “requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”, ou seja, no Art. 27 o crime é requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório **sem que haja indícios da prática de ilícito**, enquanto no Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, o crime é proceder à persecução **sem justa causa** ou contra quem sabe inocente.

No Art. 27, a autoridade, ao instaurar um processo administrativo, descuida-se de identificar indício de possível ilícito em uma conduta irregular, já no Art. 30 a autoridade instaura o processo administrativo sabendo que o indivíduo sujeito ao processo é inocente, ou não há justa causa, o que parecer ser um conduta mais grave que a conduta do Art. 27, notadamente quando observam-se os preceitos secundários desses tipos. A pena em abstrato cominada do Art. 27 é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, enquanto a pena do Art. 30 é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em razão do tipo previsto no Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, ser de maior gravidade que o crime descrito no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, as elementares do tipo ‘sem justa causa fundamentada’ podem ser entendidas como ausência de qualquer indício subsistente de irregularidade.

Na conduta do Art. 27 há uma irregularidade, mas nessa irregularidade não há indício de crime, ilícito ou infração administrativa, já no art. 30 não há sequer irregularidade. Desse modo, além de evitar instaurar processo contra alguém sabidamente inocente, instaurar procedimento sem que haja ao menos uma irregularidade, pode desencadear persecução penal por incidência no Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

5. ASSESSORAMENTO JURÍDICO PREVENTIVO

Nos termos do Art. 1º, II, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas são privativas do advogado, que é o profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Exercem também o exercício da advocacia os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública, das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, destacando-se a incompatibilidade da exercício da advocacia aos militares da ativa, nos termos do Art. 28. VI, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994³⁴.

No âmbito do Poder Executivo Federal incumbe à Advocacia Geral da União as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo, conforme Art. 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estando previstos os órgãos de consultoria jurídica para o Poder Executivo Federal e as respectivas competências nos artigos 10 e 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993³⁵.

Assim, prestam assessoramento jurídico ao Exército Brasileiro as Consultorias Jurídicas da União nos Estados e em São José dos Campos (Art. 8º-F da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995³⁶), bem como a Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército (CONJUR-EB)³⁷.

Segundo o Art. 8º-F da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, compete às Consultorias Jurídicas da União nos Estados o assessoramento jurídico aos órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal.

Compete à Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército (CONJUR-EB) as atividades de consultoria e de assessoramento jurídico da Força Terrestre, especialmente do Comando do Exército, do Órgão de Direção Geral, do Órgão de Direção Operacional, dos

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 23/09/20.

³⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 23/09/20.

³⁶ BRASIL. Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19028.htm >. Acesso em 23/09/20.

³⁷ BRASIL. Portaria Conjunta nº 1, de 6 de dezembro de 2018. competência da Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército para os processos relevantes do Exército Brasileiro. Disponível em <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54293805/do1-2018-12-10-portaria-conjunta-n-1-de-6-de-dezembro-de-2018-54293674> . Acesso em 23/09/20.

Órgãos de Direção Setorial, e das Organizações Militares sediados no Distrito Federal, segundo Art. 2º da Portaria Conjunta Nº 1, de 6 de dezembro DE 2018, do Consultor-Geral da União e Comandante do Exército³⁸.

A partir do Art. 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, observa-se, que a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente e exerce as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo.

Portanto, a defesa de um determinado ato praticado por militar não é atividade precípua da AGU, a defesa do militar ocorre quando essa defesa é meio para a defesa da União, havendo, nesse sentido, uma possível lacuna para a defesa de atos praticados por militares que não estejam dentro das atribuições da AGU.

Para melhor visualizar a que o principal objetivo da AGU é a defesa da União, convém observar o o Art. 131, da CRFB/88, que assim dispõe “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”.

Não consta no Art. 131, da CRFB/88, que a AGU presta assessoramento jurídico ao gestor público ou ao militar, mas sim que presta o assessoramento jurídico do Poder Executivo. Desse modo, conclui-se que o assessoramento jurídico do militar não é fim precípua da AGU, mas tão somente quando o assessoramento jurídico do militar for necessário para o assessoramento jurídico do Poder Executivo, o que pode ser observado a partir do Art. 11, VI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e Art 38, parágrafo único, da Lei 8666/93, que trata da análise obrigatória dos processos licitatórios, em que se busca primordialmente a tutela da União, especialmente do patrimônio da União, em face de eventuais contratações mal sucedidas ou desvantajosas para o Erário Público, possivelmente provocadas por agentes públicos.

A partir da análise das diretrizes e requisitos dos Art. 2º e 7º, ambos da Portaria nº 42, de 25 de outubro de 2018, da Consultoria-Geral da União - para o deferimento de requerimento para a atuação da AGU na representação extrajudicial de agentes públicos da União - observa-se que não são todos os atos administrativos que estão passíveis de defesa

³⁸ BRASIL. Decreto nº 5.751, de 12 de abril de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Decreto/D5751.htm#art5. Acesso em 23/9/20. Conferir também em <<http://www.eb.mil.br/estrutura-organizacional>, acesso em 25 de setembro de 2020.

pela AGU, notadamente os que podem não se enquadrar no inciso VI, do Art. 2º, da Portaria nº 42, de 25 de outubro de 2018, da Consultoria-Geral da União, ante a ausência de relevância da controvérsia objeto de instância extrajudicial e sua capacidade de multiplicação e transversalidade.

No Art. 2º, da Portaria nº 42, de 25 de outubro de 2018, da Consultoria-Geral da União, constam as seguintes diretrizes:

Art. 2º A representação extrajudicial de que trata esta Portaria observará as seguintes diretrizes:

I - observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo de outros princípios e garantias aplicáveis ao caso concreto, considerando, porém, as consequências práticas da decisão ou do ato administrativo;

II - o funcionamento harmônico e independente dos Poderes;

III - a promoção da segurança jurídica na concretização das políticas públicas, inclusive em face de orientações gerais existentes;

IV - a defesa do erário federal;

V - as circunstâncias do caso concreto, incluindo os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados; e

VI - a relevância da controvérsia objeto de instância extrajudicial e sua capacidade de multiplicação e transversalidade.

Conforme o Art 7 a Portaria nº 42, de 25 de outubro de 2018, da Consultoria-Geral da União:

Art. 7º A representação extrajudicial de agentes públicos da União, relativamente aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo federais, este restrito à Administração Direta, somente ocorrerá a pedido do interessado e desde que o ato comissivo ou omissivo imputado tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, e em observância ao interesse geral.

Portanto, pode ocorrer de um pedido de representação extrajudicial não ser deferido, ao fundamento de que o ato praticado não ocorreu nos exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, ou em observância ao interesse geral, em que pese o militar ter entendido que agiu conformes as normas jurídicas vigentes.

Ato administrativo supostamente irregular pode ainda não possuir a suficiente relevância da controvérsia ou a capacidade de multiplicação e transversalidade em determinada instância extrajudicial; ou, ainda, pode a AGU entender que os obstáculos e dificuldades reais do gestor não justificariam a prática do ato supostamente irregular ou a omissão de um ato que deveria ter sido praticado.

Portanto, a partir da análise do das diretrizes e requisitos dos Arts. 2º e 7º, ambos da Portaria nº 42, de 25 de outubro de 2018, da Consultoria-Geral da União, a defesa do militar que praticou ato submetido a apuração extrajudicial pode não ocorrer, pois a missão

primordial da AGU consiste em preservar a União e não o servidor público federal ou o militar.

Em que pese ser possível identificar a necessidade de um serviço de assessoramento técnico-normativo preventivo, que atue precipuamente em prol da salvaguarda dos militares, sobretudo para que os seus atos praticados não sejam evitados de vícios suficientes para a deflagração de apuração por órgão de controle externo, ou ministerial, não se observa uma previsão legal de assessoramento jurídico direcionado especialmente para a análise de atos praticados por militares, principalmente quando a prática de alguns atos ordinários e cotidianos, que mereçam uma análise jurídica, não estejam no escopo de atribuições da AGU.

Existem alguns atos administrativos que merecem uma prévia análise jurídica, tais como atos relacionados a matérias que envolvam patrimônio imobiliário, polícia administrativa, polícia judiciária militar; atos que podem ser causa de dano ao Erário; atos que possam ser enquadrados como improbidade administrativa; atos potencialmente lesivos à direito de administrado, de servidor ou de algum militar; ou mesmo atos que possam provocar lesão a direitos difusos, como meio ambiente ou patrimônio cultural

Tais tipos de atos administrativos são alguns exemplos de atos ordinariamente praticados por militares do Exército Brasileiro, em suas respectivas Organizações Militares, que podem ser objeto da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, em que pese os atos no exercício de polícia judiciária militar serem os que mais demandam cuidados para que não ocorra abuso de autoridade.

Sempre que demandada, a AGU presta o devido assessoramento jurídico, não obstante, devido a quantidade de atos com prazos exíguos para execução, a despeito de potencial reflexo a direito de outrem, nem todos os atos que mereçam análise jurídica são submetidos a consulta da AGU, como exemplo, se cada Organização Militar sediada no Rio de Janeiro remeter, para a análise de legalidade, suas sindicâncias e recursos de prego para a Consultoria Jurídica da União no Rio de Janeiro, possivelmente a análise obrigatória dos processos licitatórios, conforme Art. 11, VI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e Art 38, parágrafo único, da Lei 8666/93, poderá sofrer algum comprometimento.

O prazo previsto para a emissão de parecer jurídico obrigatório é de 15 (quinze) dias, segundo Art. 42 da Lei 9784/99, e o prazo, para a remessa de APF para a autoridade judiciária é 24 horas. A despeito de não se tratar de caso de parecer jurídico obrigatório, caso um oficial médico seja o presidente de um auto de prisão em flagrante - em razão de um crime militar ocorrido em um município distante da capital do estado membro da Federação, por ocasião de seleção para ingresso no serviço militar obrigatório, por Comissão de Seleção

nesse Município - e formule consulta para a Consultoria Jurídica da União no Estado sobre a possibilidade de manter o preso em local diverso de prisão localizada em Organização Militar e de permitir que a imprensa o fotografe, poderia ocorrer de a Consultoria Jurídica responder a consulta após as 24 horas.

Diante do exposto, observa-se uma possível demanda por um serviço de análise jurídica precipuamente dedicado ao militares, notadamente aos agentes da administração, autoridades de policia judiciária militar e demais militares que estejam no exercício de alguma atividade militar, de maneira que sejam evitadas condutas sujeitas às sanções da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

No âmbito do Exército Brasileiro existem as Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos, as quais possuem sua atuação definida pelas Instruções Gerais sobre as Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos no âmbito do Exército (EB10-IG-09.002), aprovadas pela Portaria nº 156, de 18 de março de 2013, do Comandante do Exército.

Nas Instruções Gerais acima citadas existe um plexo de atribuições que têm por finalidade assessorar o comando nos seus diversos níveis, e tornar efetivo o acompanhamento das demandas de interesse da Força.

Esse assessoramento das Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos não pode ser definido como assessoramento jurídico em razão dos Art. 1º, II, e 28, VI, ambos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e Art. 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Não obstante, tais assessorias, em suas rotinas de trabalho, necessitam realizar estudos e pesquisas jurídicas a partir da análise da Constituição Federal, Leis, normas infralegais, decisões judiciais, decisões das cortes de contas, entendimentos do Ministério Público, AGU, doutrina jurídica, de maneira simultânea, com os recursos de hermenêutica jurídica, a fim de que a autoridade militar assessorada não pratique um ato administrativo sujeito a questionamentos das instâncias judiciais e extrajudiciais.

Portanto, as Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos precisam realizar um prévio trabalho técnico, especializado, de análise jurídica, para que os atos administrativos da administração castrense não sejam eivados de vícios ou venham a ser infirmados.

E essa análise preventiva é de extrema relevância para que a rotina das organizações militares não venha a ser afetada em decorrência da prática de ato administrativo em desconformidade com o entendimento do Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União.

Nesse sentido, caso autoridade militar precise de uma opinião decorrente de análise

jurídica, pode-se formular consulta ao Comando enquadrante, para que, por meio de sua Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos, seja remetida consulta para alguma das consultorias jurídicas da União nos estados ou para a CONJUR-EB.

É relevante pontuar que o assessoramento jurídico direcionado para evitar a prática de ato possivelmente enquadrado na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, demanda uma resposta tempestiva e oportuna, muitas vezes imediata, porque muitos dos atos sujeitos a persecução penal em razão da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, são ordinários, cotidianos, habituais, frequentemente praticados nas organizações militares.

Assim, o procedimento de solicitar assessoramento jurídico para a AGU, por meio das Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos, para casos ordinários e recorrentes pode não ser o ideal, pois a quantidade de atos administrativos ordinários que demandam análise jurídica prévia, em razão de potencial reflexo em direito de outrem, e que devem ser praticados de maneira imediata, é elevada.

Para buscar uma maior segurança jurídica para a prática de atos administrativos, e assim diminuir o risco da prática de crime de abuso de autoridade poderiam ser extintas as Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos e as consultas jurídicas serem remetidas diretamente para AGU. Não obstante, persistiria a demanda pelo serviço de análise jurídica precipuamente direcionado à segurança jurídica da autoridade militar.

Outra medida seria a disciplina legal para que fosse atribuído às Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos o assessoramento jurídico dos militares para demandas relacionadas ao exercício de atividade militar, que não estivesse nas atribuições da AGU.

No Exército dos Estados Unidos existe um quadro de assessores jurídicos, conhecido como JAG CORPS, que dentre outras atribuições possuem como missão a assistência jurídica ou assessoramento jurídico (legal assistance), como se observa em <https://www.goarmy.com/jag/jag-areas-of-practice.html>, acesso em 06/07/2020.

Contudo, pragmaticamente, nos casos da necessidade de análise técnico normativa para que não haja incidência em crime previsto na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, os comandantes de unidade podem solicitar ao Comando Enquadrante o envio de consulta a sua Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos sobre quais as cautelas devidas para que não ocorra a prática de ato possivelmente tipificado Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, o que não pode ser chamado de assessoramento jurídico, mas pode evitar a persecução criminal ou demais indesejadas consequências jurídicas.

6. CONCLUSÃO

Em virtude da possibilidade do militar estar sujeito à persecução penal decorrente dos crimes de abuso de autoridade tipificados na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, observa-se a necessidade de serem tomadas cautelas para que não sejam praticadas condutas típicas durante o exercício de alguma atividade militar, de modo que seja evitado eventual impacto nas atividades ou na imagem da Força.

Ressalta-se que a não persecução penal evita consequências as quais um militar sub judice está submetido, tais como, a proibição de ser transferido para guarnição sujeita a outra Circunscrição de Judiciária Militar, o impedimento para a transferência para a reserva remunerada, a ocorrência da interrupção das licenças para tratar de interesse particular ou acompanhar cônjuge ou companheiro, bem como a não inclusão de oficial em Quadro de Acesso e Lista de Escolha.

Dentre os tipos penais descritos na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, foram destacados os artigos 9º, 12, 13, 19, 20, 27, 29, 30 e 32, pois tais condutas podem ser praticadas durante a rotina da administração militar.

Em relação ao Art. 9º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, convém cercar-se da necessária segurança jurídica, de tal modo que a imposição de restrição de liberdade esteja inteiramente adstrita aos limites constitucionais, legais e normativos, e com lastro em motivo razoável e subsistente.

Com o objetivo de evitar a prática de conduta descrita no Art. 12 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, convém estabelecer, previamente ao exercício de alguma atividade militar, um procedimento para a comunicação imediata de possível prisão em flagrante ao plantão da Circunscrição Judiciária Militar, ao plantão do Ministério Público Militar, à algum familiar do preso e ao plantão da Defensoria Pública da União; bem como disponibilizar meios para a remessa do APF dentro das 24 (vinte e quatro) horas.

Além de autoridade de polícia judiciária militar não permitir que o preso seja submetido à situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei, cabe a essa autoridade evitar que o preso tenha sua imagem ou o seu corpo exposto ao público ou na internet, bem como ter o cuidado para que as instruções a serem dadas ao preso não sejam confundidas com o constrangimento para a produção de provas contra si, com vistas a evitar a incidência no Art. 13 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Para evitar cometer o crime disposto no Art. 19 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, convém encaminhar o pleito do preso dirigido à autoridade judiciária, ainda que

descabido, ou sem previsão em normatização infralegal.

Ainda que não haja previsão em normas infralegais, impedir, sem justa causa, o advogado de comunicar-se com o seu cliente por meio de entrevista pessoal e reservada pode ser entendido como incursão no crime previsto no Art. 20 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, merecendo, nesse sentido, a atenção necessária para que sejam atualizadas as normas das organizações militares sobre a prisão e conduta com os presos, de maneira que haja a previsão de local adequado para entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado.

Ao atender os pedidos de vistas e cópias de processos administrativos, deve-se ter o cuidado de não fornecer cópias a quem não é interessado ou não é advogado ou defensor do interessado, de modo a evitar potencial lesão a direito de personalidade e incurso no Art. 32 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Ao serem solicitadas informações sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo, para o fim de evitar a prática de conduta descrita no Art. 29 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, convém cercar-se de cuidados para que essas solicitações sejam atendidas pela autoridade responsável sobre essas informações, de maneira que eventual informação incorreta não seja interpretada como uma informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado.

Para evitar a ocorrência de conduta descrita no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, deve-se confirmar a existência de uma irregularidade – ato em desconformidade com uma rotina administrativa – que contenha também indícios de crime, ilicitude ou infração administrativa, devendo esses indícios estarem lastreados em prova indiciária mínima, como uma testemunha, um documento, um depoimento ou qualquer meio lícito de indício de prova.

No Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a autoridade instaura o processo administrativo sabendo que o indivíduo sujeito ao processo é inocente, ou não há justa causa. Desse modo, recomenda-se abster de instaurar processo em desfavor de alguém que autoridade sabe que é inocente, mas instaura o procedimento com a finalidade estimular uma determinada conduta ou para disciplinar o militar, o que sempre foi desvio de finalidade, não obstante, a partir da vigência da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, esse desvio de finalidade passou a ser também crime.

Em razão do tipo previsto no Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, ser de maior gravidade que o crime descrito no Art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, as elementares do tipo ‘sem justa causa fundamentada’ podem ser entendidas como ausência de qualquer indício de irregularidade.

Na conduta do Art. 27 há uma irregularidade, mas nessa irregularidade não há indício de crime, ilícito ou infração administrativa, já no Art. 30 não há sequer irregularidade. Desse modo, além de evitar instaurar processo contra alguém sabiamente inocente, deve-se evitar a instauração de procedimento sem que haja ao menos uma irregularidade para evitar a incidência no Art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Desse modo, no planejamento para execução de alguma uma atividade militar devem ser observadas as disposições da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, de maneira a evitar eventual persecução penal, podendo, a critério da autoridade militar, ser solicitado assessoramento jurídico para alguma Consultoria Jurídica da União, ou para a CONJUR-EB.

Podendo, ainda, ser solicitada análise para alguma Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos, sobre quais as cautelas devidas para que não ocorra a prática de conduta possivelmente tipificada na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, o que não pode ser chamado de assessoramento jurídico, mas pode evitar a persecução criminal ou demais indesejadas consequências jurídicas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (CRFB/88). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**: Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 29 de julho de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**: promulgado em 21 de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em 09 de julho de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso em 23/09/20.

BRASIL. Decreto nº 5.751, de 12 de abril de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5751.htm#art5. Acesso em 23/9/20. Conferir também em <http://www.eb.mil.br/estrutura-organizacional>, acesso em 25 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o **Regulamento Disciplinar do Exército** (R-4) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.346%2C%20DE%2026,4\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.346%2C%20DE%2026,4)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>). Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/l6880compilada.htm. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Dispõe sobre o exercício das **atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9028.htm >. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar** (CPPM). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

[2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L13869.htm). Acesso em 23/09/20. de julho de 2020

BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Acesso em 09 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972. **Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15821.htm>. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. **Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares)**, a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm. Acesso em 23/09/20.

BRASIL. Portaria Conjunta nº 1, de 6 de dezembro de 2018. **competência da Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército** para os processos relevantes do Exército Brasileiro. Disponível em <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54293805/do1-2018-12-10-portaria-conjunta-n-1-de-6-de-dezembro-de-2018-54293674> . Acesso em 23/09/20.

BRASIL, Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 0000004-05.2005.7.12.0012.** Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS. Data de Julgamento: 08/10/2008, Data de Publicação: 02/04/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1616400/PB**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Recurso em Sentido Estrito nº 0000252-83.2014.7.01.0101.** Relator(a): Ministro(a) JOSÉ BARROSO FILHO. Data de Julgamento: 04/11/2015, Data de Publicação: 19/11/2015.

BRASIL, Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 0000260-67.2013.7.01.0401.** Relator(a): Ministro(a) JOSÉ BARROSO FILHO. Data de Julgamento: 07/02/2017, Data de Publicação: 17/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Recurso em Sentido Estrito nº 0000007-35.2007.7.04.0004.** Relator(a): Ministro(a) CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. Data de Julgamento: 23/10/2007, Data de Publicação: 05/12/2007.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 2002.01.033748-2.** Relator(a): Ministro(a) SÉRGIO XAVIER FEROLLA. Data de Julgamento: 13/08/2002, Data de Publicação: 13/09/2002.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Correição Parcial nº 2000.01.001730-8.** Relator(a): Ministro(a) FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Data de Julgamento: 24/08/2000.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 1991.01.032721-5**. Relator(a): Ministro(a) ANTÔNIO CARLOS DE SEIXAS TELLES. Data de Julgamento: 21/03/1999.

CUNHA, Rogério Sanches. **Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo** – 2.ed rev., atual. E ampl.- Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade** – Salvador. Editora JusPodivm, 2020.