

DIREITO PENAL MILITAR BUSCANDO ALGUNS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM SUA REPERCUSSÃO PENAL

Marcelo Weitzel Rabello de Souza

Não é objeto deste trabalho um minucioso e exaustivo histórico sobre a evolução das Forças Armadas e, como conseqüência, sua repercussão no Direito Penal Castrense e Comum. Devido às particulares realidades existentes nos mais diversos países e sistemas políticos, deve-se ter em consideração que a resposta penal e também processual segue linhas que procuram se adequar às situações em concreto vivenciadas por esses países. Também seria prematuro afirmar que a postura evolutiva estancou, pois discussões atuais mostram mais uma vez uma profunda transformação no quadro beligerante que, por sua vez, repercute no Direito Penal, seja especializado ou não. Nesse sentido, exemplos maiores: o avanço tecnológico cada vez mais acentuado, que gera uma outra linha de formação para os recursos humanos aptos a lidarem com a nova tecnologia, como também a discussão cada vez mais presente sobre o profissionalismo nas FFAA, e seu conseqüentário no universo jurídico, seja no campo administrativo ou penal, temas somente estes que gerariam algumas laudas para debate.

Para circunscrever aqui algumas observações básicas e sua influência na codificação penal militar, necessário se ater primeiramente à figura e evolução da guerra, pois as FFAA somente existem em razão do risco do conflito bélico. Por essa circunstância histórica, a guerra teve em sua evolução enorme influência na formação das Forças Armadas e nos meios repressivos de condutas que atinjam sua manutenção.

Pode-se afirmar que a guerra, como figura institucionalizada e “organizada” quanto aos contendores, apesar de alguns registros anteriores, deu-se por volta de 3.500 anos antes de Cristo, com os assírios. Eles descobriram a utilidade do metal e da cavalaria, como também o sistema de controle por múltiplos de dez.¹

Com os romanos, uma nova fase se constitui na figura das hostes, que somente muitos séculos depois foi percebida (se é que realmente o foi) pela escola de Nassau, nas Províncias Unidas, por Gustavo Adolfo, na Suécia, e depois pelos Bourbons, em França. Qual seja, a questão da disciplina e do condicionamento perante a situação de risco. Os romanos optaram por abandonar a cavalaria e participar dos duelos corpo a corpo (nada mais natural que se criasse a figura dos gladiadores) e, para tanto, necessário um profundo treinamento e condicionamento à situação enfrentada, deviam desprezar o medo, agir conforme prévia orientação (algumas advindas dos “colégios dos feciais”) para que,

¹ Aqui vale o socorro de Robert L.O’Connell, que valendo-se das palavras de Stanislav Andresk, mencionou: “é sabido que a coerção, como qualquer actividade voltada para as massas, beneficia-se com uma economia de escala. Portanto, é muito mais fácil uma força de mil homens controlar uma população de cem mil do que uma força de um homem controlar uma população de cem.” Prossegue o autor, afirmando ser esta a razão pela qual os exércitos cresceram “e o mesmo aconteceu com o potencial de imposição da disciplina social, e por fim, com a capacidade de dominar populações muito maiores”, sendo que ao final conclui: “As hierarquias, particularmente as que se baseavam em múltiplos de dez, tão adequadas para estruturas militares de comando, estenderam-se naturalmente ao ordenamento da vida em geral.” (O’CONNELL, Robert L. *História da guerra, armas e homens*. Lisboa: Teorema, 1995. p. 43).

mesmo em situação de crise, pudessem prosseguir no combate ou realizar uma fuga organizada, pela qual seus integrantes não fossem desperdiçados e pudessem ser reutilizados em novas lutas em defesa do reino e, futuramente, império.

Com os romanos, surge então a preocupação com o condicionamento psicológico, procurando até ao extremo treinar as suas tropas, mas também, efetuando planejamento das batalhas e favorecimento ao repouso e apoio logístico necessário. Ou, como prefere Giordani, citando Laurand, o sucesso do exército romano deveu-se ao sentido de duas palavras: “coragem disciplinada”.²

Com a queda do Império Romano, o período bárbaro pouco acrescentou na estruturação das FFAA em campo de batalha, sendo que o período feudal, apesar da sua fragmentação quanto à organização e utilização das hostes, originou alguns aspectos que, na atualidade, se mantêm. Um deles de acentuada relevância, o retorno ao caráter homérico que impregnou o guerreiro feudal, e sua característica relevante do sentido de honra que, apesar de atributo individual, traspassou pelos diversos séculos como uma característica presente não apenas ao miliciano, como figura individual, mas também na instituição Forças Armadas. Havia uma honra que pertencia à cavalaria, ao nobre guerreiro, não apenas ao guerreiro individualmente, mas à classe que pertencia e que, por sua vez, era transmitida aos filhos e educadores. Aqui vale o registro da repetição histórica: se os romanos praticavam os duelos entre os gladiadores, na Idade Média ocorreram os torneios entre cavaleiros, ambos com seus sentidos pedagógicos, procurando instruir ou melhorar a técnica de combate.

Com a nobreza, e esta pertencendo à cavalaria, vinculava-se toda uma tradição de hereditariedade, haja vista que filhos de nobres, nobres permaneciam. O lucro advinha da pilhagem, não havia um exército regular e de paga constante, e a cavalaria, portanto, também representava riqueza, permitindo a luta e recompensa sobre os vencidos. A figura do mercenário abundava, pois apesar de não ocorrer o pagamento de maneira uniforme, permitido era o despojo sobre os vencidos, o que acabou por incentivar aos pobres (e não os miseráveis) o acesso às lutas, pois, com isso, poderiam ganhar alguma coisa e, quem sabe, ascender, senão a uma nova classe social, pelo menos a um patamar econômico mais elevado. Com uma cultura que passava para a educação familiar a prática belicosa, adicionada a um poder político frágil e fragmentário, na maioria das vezes reduzido à figura dos cavaleiros, havia toda uma agressividade que, não podendo ser contida, pelo menos devia ser canalizada, o que, por manifestação da igreja, deu origem às cruzadas, em que se podia manter a agressividade e fomentar a riqueza, à custa dos mouros.

Como visto acima, até então o peão possuía um papel apenas coadjuvante no cenário bélico, pois a supremacia da batalha pertencia ao cavaleiro; entretanto, com a advento da pólvora, principalmente quando da sua compactação, aproximadamente entre os anos 1290 e 1320, essa parcela popular viria a assumir novo destaque, com influência direta na organização das FFAA.

Primeiro surge o canhão, cuja utilização em larga escala dá-se nos séculos XIV e XV. Logo após o arcabuz, que veio potencializar o uso da arma ligeira, que podia ser manuseada por um só indivíduo, e cujo treinamento se dava de forma rápida, pois seu manuseio era fácil, além do que isentava o agente de grande perícia (assinale-se que, na época dava-se mais importância à quantidade de tiros do que à precisão dos disparos). Sob esse aspecto, afasta-se a figura do indivíduo e anuncia-se a presença das massas. O quadro então se completa, no plano terrestre, com a participação da artilharia e da infantaria.³

2 GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 113.

3 Ao que parece, Michel Howard combate essas idéias, pois acredita que o ressurgimento da infantaria como destaque tenha se dado com as técnicas utilizadas pelos suíços em luta nos seus cantões (ao se postarem em uma nova

Com o baixo custo da infantaria, aumento da população e incremento da indústria bélica, o morticínio se espalhou e as batalhas se tornaram mais complexas. Com a disponibilidade cada vez maior de mercenários, acrescida agora da facilidade que lhes era concedida para a luta, grandes exércitos se formaram e, com eles, enormes impactos na destruição. Mais terras serviam às marchas, mais terras precisavam ser cultivadas, pois as hostes precisavam de alimentos, além do que não ficavam os soldados restritos a certos ambientes, utilizando-se, por exemplo, das casas por onde passavam. Sem disciplina, visando apenas o lucro prometido com a vitória, serviam-se o saque para sustento.⁴

Com a participação de três segmentos distintos, a cavalaria (agora utilizando-se de pistola e, posteriormente, sabre), a artilharia e a infantaria, aliados a enormes exércitos (a Espanha, quando em luta com as Províncias Unidas, chegou a se utilizar de trezentos mil homens, quase todos mercenários ou homiziados, diga-se de passagem), ao comandante militar não se pedia mais que fosse heróico, mas que se transformasse em um administrador de batalhas (o que os holandeses tomaram a frente), que visasse a melhor utilização dos recursos que detinha. Registre-se porém, mais uma vez, que em tamanho exército, cuja identidade nacional era secundária e o aspecto financeiro irregular, natural que resultassem freqüentes motins e deserções, sendo que, geralmente, quem mais sofria com o ato de rebeldia era a população civil, que acabava servindo de sustento para a voracidade do militar insatisfeito.

Com o surgimento dos grandes exércitos e sua nova tecnologia, as táticas e técnicas passam a requerer estudos. Não é por outra razão que Maurício de Nassau, Guilherme Luis e João Nassau se debruçavam sobre jogos de guerra com soldadinhos de chumbo, em que procuravam estudar os problemas vivenciados e soluções. A guerra passa a ter um caráter científico.

Os holandeses, como já afirmado, apropriaram-se dessa novidade. Possuíam mercenários também em suas tropas, porém em menor número e, em contrapartida, pagavam-nos regimento⁵, exigindo, por isso, uma disciplina absoluta. Seu controle era tal que impunham aos soldados exercícios rotineiros, diferentes daqueles praticados pelos demais exércitos. Suas atividades eram exercidas com o corpo e as armas: gestos que iam desde a marcha, até o ato de carregar e descarregar uma arma, transformaram o soldado em um autômato, tão necessário para o moral, como para a defesa na luta.⁶ Seu objetivo com a disciplina: atingir o autocontrole no momento da batalha⁷ e, como consequência para

forma de falange), pelo período aproximado de 1315 a 1386, e posteriormente quando foram contratados para lutar pela Europa. No seu dizer “(...) o reavivamento da infantaria se deveu de longe mais a factores morais e logo sociais do que a qualquer mudança técnica (...)” (HOWARD, Michel. *A guerra na história da Europa*. Sintra: Europa-América, 1997. p. 27).

- 4 Não só de tragédias legou o período, pois das hastes adveio a inspiração para um de seus antigos mercenários, e com ela os cantos XXI E XXII do Inferno e V do Purgatório, contidos na Divina comédia, de Dante.
- 5 Interessante notar que, apesar da guerra, as Províncias Unidas, ao contrário da Espanha, não empobreciam, mas, sim, se tornavam cada vez mais ricas. Fruto dessa época surge aquilo que alguns autores denominam como embriões do Direito Internacional, ou até mesmo do chamado Direito Humanitário, Hugo Grocio, pela Holanda, e Francisco de Vitoria, pela Espanha, sendo que este último não era jurista, mas sim um clérigo e defendia suas teses como tal; se as obras detém alguma semelhança, seguem em sua essência aspectos diversos, valendo aqui sublinhar que Grocio, por sua vez, inseriu em seus textos o Direito Comercial, fato este ausente em Francisco de Vitoria.
- 6 McNeill, citado por O’Connell, em respeito ao afirmado acima, comenta: “Exercício repetido, dia sim, dia não (...). [uma] dimensão que o Príncipe de Orange e os seus companheiros provavelmente entenderam muito vagamente, se é que entenderam de todo. Com efeito, quando um grupo de homens mexe os seus músculos dos braços e das pernas em uníssono durante períodos de tempo prolongados, estabelecem-se entre eles vínculos sociais e ancestrais muito fortes (...). Talvez que mesmo antes que os nossos antepassados pré-humanos soubessem falar tenham dançado nos campos coreografando o que tinham feito na caça e o que iriam fazer na vez seguinte.” (O’CONNELL, Robert L., *História da guerra, armas e homens*, cit., p. 129– 130).
- 7 Afinal, como afirma Barbara Ehrenreich, apoiada em diversos antropólogos, há uma grande distância entre a inclinação biológica natural para agredir individualmente e uma operação militar: “(...) a guerra é uma atividade

os dirigentes das batalhas, um melhor preparo intelectual para aqueles que pretendessem comandar, com apoio inclusive em filósofos e professores universitários, cujo exemplo mais marcante foi Justus Lipsius, da Universidade de Leyden, que redescobriu os filósofos estoicos e seus ensinamentos sobre autocontrole, abnegação e submissão à autoridade.

A escola de Maurício de Nassau frutificou. Gustavo Adolfo, da Suécia, teve como instrutor Jacob de la Gardie que, por sua vez, fora aluno de uma academia militar fundada por Maurício de Nassau. Como discípulo, manteve seu exército sob constante treinamento, porém, com algumas inovações. Passaram seus integrantes a se utilizar da mesma indumentária, um contributo à identidade entre eles. Alterou as técnicas de ataque, a guerra passou a adquirir um aspecto acadêmico, em que se procurava compatibilizar todas as forças, suprimindo possíveis falhas. Afastada em grande medida a indisciplina que acometia as hostes mercenárias, demonstraram as suas tropas serem as menos brutais daquela fase. Tanto o uniforme como o armamento e demais equipamentos eram fornecidos pela Coroa, responsabilidade estatal esta que também se estendia aos víveres e à estrutura logística.

Seus comandantes eram escolhidos pela capacidade intelectual, e era permitido que se dedicassem somente às batalhas. A disciplina era acolhida por tribunais marciais e se impôs a disposição hierárquica. O exército era comandado pelo próprio Rei ou pelos oficiais por ele designados. Como as operações envolvendo a cavalaria, artilharia e infantaria eram por demais complexas, estabeleceu-se uma estrutura de controle hierárquico e disciplinado, com o objetivo de atingir o resultado pretendido: “pela primeira vez, desde os mais simples e mais pequenos conflitos da Antiguidade era agora possível os exércitos não apenas no início de uma batalha mas no decorrer da mesma serem instrumentos de uma única vontade de comando”.⁸ Gustavo Adolfo renunciou a figura dos generais, que surgiram na segunda metade do século XVII.

Depois de Gustavo Adolfo, o exército foi tomado por outros rumos, os militares dedicavam-se cada vez mais à atividade castrense e, com isso, houve o surgimento de uma cadeia de produção voltada para o sustento e apoio logístico da força. Os grandes exércitos, seu sustento e aprendizagem provocaram a necessidade de acantonamento para a tropa, não mais justificando o enorme sacrifício para a população civil, ou deixá-los no campo, e daí os quartéis.

Com o surgimento e solidificação dos Estados, demonstrado ficou que estes deviam estar preparados para a complexidade da guerra, donde a necessidade de uma burocracia civil dedicada à existência castrense. Na França dos Bourbons, em 1640, depreendeu-se dos ensinamentos de Gustavo Adolfo a necessidade de um exército permanente, e para tanto estruturou-se a burocracia imprescindível ao seu sustento. Criou-se um quadro administrativo responsável pelo fornecimento de víveres, munição, numerário e uniformes, a *intendance*.

Como os exércitos se tornaram dispendiosos, era relevante não desperdiçar seus recursos humanos em batalhas inúteis. O estudo da tática passa a fazer parte da formação dos comandantes.

Com o acantonamento e academicismo estratégico da ciência militar e necessidades próprias de organização, todo um corpo homogêneo começou a se reagrupar em seu interior. As expressões passam a ser próprias para a nova atividade profissional. Inicia-se uma rotina necessária de exercícios que se aplicavam apenas a um determinado grupo.

coletiva e muito complexa para ser creditada a um instinto guerreiro latente no psiquismo individual. O instinto pode ou não fazer com que um homem ataque à baioneta o primeiro inimigo que encontre numa batalha. Mas o instinto não mobiliza as frentes de suprimento, não fabrica espingardas, distribui uniformes, nem desfoca um exército de milhares de homens (...). É fácil ensinar um homem a atirar, o problema é fazer com que esteja disposto a participar de situações em que precise atirar e ainda permanecer em seu posto”. (EHRENREICH, Barbara *Ritos de sangue: um estudo sobre as origens da guerra*. Rio de Janeiro: Record, p. 17-19).

⁸ HOWARD, Michel, *A guerra na história da Europa*, cit., p. 77.

Passam a deter hinos e insígnias próprias. Enfim, uma subcultura daqueles que escolheram a carreira das armas.

Com a Revolução Francesa, e posteriormente a democratização do exército, a disciplina exigida expande-se para uma discussão mais ampla que aquela da eficiência para sucesso bélico, caminhando para a necessidade de salvaguarda do regime civil.

Grande salto ocorreu com o advento de novos avanços tecnológicos. Emblemático, o surgimento das linhas de ferro. Com elas, aumentou-se a velocidade dos combates, os militares chegavam às linhas de combate com melhor estado físico e psicológico, os feridos eram substituídos com maior rapidez, tornava-se desnecessário o armazenamento de víveres, pois poderiam ser levados diretamente às tropas em combate. A invenção do telégrafo consolida o quadro tecnológico, fomentando novas alternativas, com o iniciante aspecto das comunicações à distância.

A nova organização e os recursos para envio e remoção rápida dos soldados exigiam estudos, planejamento, investimentos e uma estrutura própria para elaborar esse complexo quadro de operações. Assim, os estudiosos prussianos criaram o quartel-general. O avanço tecnológico gerou o serviço administrativo.⁹

As questões de saúde e educação dos quadros pertencentes às FFAA passam a assumir nova importância. Os oficiais deveriam ser cada vez melhor preparados, haja vista que deveriam ser eficientes não apenas no campo da batalha, mas também na capacidade organizar e planejar os recursos disponíveis e sua mobilização.

Daí para a frente, alarga-se o sentido da atividade castrense. A criação da aeronáutica e sua engenharia representam esse novo tempo. A tecnologia torna-se vital, o apoio logístico de suma importância. Assim, boa parte dos integrantes das fileiras militares apresentam-se como oriundos de atividades de características paisanas: mecânicos, engenheiros, civis, hidráulicos, eletricitas, cozinheiros, farmacêuticos e carpinteiros, entre outros. Para o melhor general, pouco valerá uma grande estratégia, se os meios de comunicação ou de transporte não funcionarem conforme o idealizado. Para o soldado, sua atitude heróica poderá depender da refeição ingerida, da perícia de um operador de comunicações, que consiga transmitir na hora certa a mensagem necessária. Situações que, além de aumentarem o universo daqueles que integram o complexo castrense, configuram maior particularidade à sua estrutura e funcionalidade.

Superado o sumário exposto, que de maneira muito diminuta procurou traçar uma linha de evolução na composição das FFAA, pode-se agora, na atualidade, verificar certos procedimentos muito interessantes.

“Manuseando as transcrições do seminário referente a atuações psicossociais em guerra, realizado na Espanha com vários médicos e psicólogos que procederam estudos sobre populações vítimas de conflitos bélicos, percebe-se que aquilo que os romanos e posteriormente o grupo de Nassau e ao depois Gustavo Adolfo imaginaram como fun-

9 “A questão da eficiência hierárquica para um grupamento militar em batalha, inserida por Gustavo Adolfo e que atingiu seu ápice de eficiência com Napoleão Bonaparte, e posteriormente com a complexidade das atividades administrativas e táticas que passaram a cercar uma atividade militar, se foi vista no início apenas como uma necessidade de aprimoramento da eficiência militar para o sucesso no campo de batalha (e neste sentido vem exposta pelo art. 10 da Lei n. 85/1978, de 28 de dezembro, *De reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, no Direito espanhol), serviu depois para fácil absorção e adaptação dos exércitos por parte de segmentos estranhos a origem militar e sua formação, conforme assinala o antropólogo Leirner, exemplificando no caso brasileiro com a “existência de regimentos comandados pelo índio Camarão e pelo negro Henrique Dias, ou ainda a característica mestiça de vários bandeirantes, posteriormente incorporados pelos regimentos oficiais”, como ainda, com a inserção de escravos nas tropas brasileiras quando da guerra do Paraguai, escravos esses que posteriormente seguiram carreira na Força o que no dizer deste que subscreve, acelerou a desvinculação do exército brasileiro da nobreza reinante, no que tange à sua formação.” (LEIRNER, Piero de Camargo. *Meia volta volver*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 61).

damentais para sustentação de uma tropa e que McNeill, citado por O'Connell, fazendo uma análise antropológica (nota n. 6), procurou descrever como fundamento na dança grupal, a ciência médica e psicológica, nos dias de hoje considera como essenciais.” Neste ângulo de observação, Vicente Ibañez e Domingo Díaz, oferecem estudo de Garaizábal y Vázquez que, após analisar alguns grupos vítimas de conflito beligerante, afirmou: “Uma sociedade deve, para manter sua integridade em condições limites: ter convicções firmes, conservar algum controle sobre a situação, conhecer os métodos e estratégias do agressor, preservar a autonomia e afirmar outra realidade possível”.¹⁰ Ora, uma observação mais atenta sobre o comentário agora transcrito leva à conclusão que é justamente tal tipo de *status* psicológico que procura um grupamento militar.

Sob esse ângulo, vê-se que deverão estar presentes para maior sucesso da tropa e saúde do indivíduo que a compõe aquilo que se denominou como pilares básicos das Forças Armadas e que são encontrados em todas as organizações militares espalhadas pelo mundo, quais sejam: a disciplina, a hierarquia e a honra.

Ocorre que as estruturas acima devem ser preteritamente praticadas, e não apenas concomitantes ao conflito extremo. Requerem preparo e condicionamento para que, quando da ocorrência do momento crítico, possam ser capazes de melhor suportar o dano, que no caso de guerra, transcende aos integrantes dos batalhões, atingindo até a estrutura social civil, que será tanto menos afetada, quanto mais eficiente for a estrutura militar para sua proteção. As expressões retro mencionadas não são palavras lançadas a esmo, sem qualquer conteúdo e reflexos, como também não se limitam a um aprendizado cultural para os integrantes da caserna, em que pese a própria legislação fomentar tal espírito de corpo, como se vê pela leitura da lei disciplinar militar italiana.¹¹

Possuem diversos efeitos, sendo difícil dissociar, principalmente as duas primeiras, disciplina e hierarquia, pois transmitem segurança ao meio profissional militar, como também eficiência, além do que dizem respeito diretamente à segurança civil, até mesmo política, pois uma tropa disciplinada, mais obediente é ao comando do poder dirigente, evitando procurar soluções políticas pelos próprios meios. Conforme visto anteriormente, por paradoxal que possa parecer, a manutenção de tal estrutura, com esse grau de complexidade, traz um custo menor para a Nação, não só pela sua organização, mas também por poupar a população civil de enormes danos. Para tanto, basta imaginarmos um grande efetivo militar solto em uma comunidade, sem qualquer comando, sem abrigo (o quartel), sem diretrizes de ação. A história já demonstrou que o sacrifício se expande àqueles alheios à cultura militar, podendo o ônus ser menor, conforme o grau de disciplina e eficiência daqueles que compõem a vida na caserna.

Para que tal situação se consolide, o ordenamento jurídico participa. A Constituição, em suas linhas primeiras de aplicação, quanto à classe dirigente e atribuição do funcionário militar, o Direito Administrativo, com sua estruturação orgânica e regulamentação dos limites de atuação, o Direito Penal Militar, em que se busca evitar os excessos da conduta do militar que desnaturem a natureza para a qual foi motivado pelos demais integrantes da nação, e o Direito Processual Penal, que procura dar resposta à satisfação do excesso de maneira ágil e conforme o Estado Democrático de Direito, evitando algum arbítrio, tanto por parte do militar, como pelo civil, na conduta do cidadão-soldado, pois o militar também é um cidadão. Daí, algumas particularidades contidas na legislação castrense que

10 IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo. La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada. In: *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*. Madrid: Exlibris, 1999. p. 36.

11 Nesse sentido, artigo 16 do Decreto de 18.6.1986, cujo texto afirma: “1. O espírito de corpo é o sentimento de solidariedade que, fundado na tradição ética e histórica do corpo, deve unir os membros de uma mesma unidade a fim de manter elevado e crescer o prestígio de corpo a quem pertence.”

precisam ser levadas em conta, não sendo objeto deste trabalho elencar todas à exaustão, mas anunciando algumas, para um destaque primário.

Assim, o artigo 9 do Código Penal Militar, que procura assegurar a existência de crime militar quando o fato é praticado por agente da ativa contra militar da ativa, independentemente da circunstância temporal ou local. Ora, ao se admitir hipótese contrária, poderia sempre o militar inverter a postura hierárquica ofendendo outro militar da ativa quando ausente da atividade da caserna, burlando assim o sistema hierárquico que constitui as Forças Armadas. Além do que, deve-se ter em conta o tipo de atividade exercida pelo miliciano, onde se exige uma convivência rotineira entre os pares, inclusive muitas vezes com largo período de coabitação, em ambiente em que todos andam armados, e são doutrinados para esperarem resposta e respeito rápido pelo comando e confiança nos pares.¹²

Questões quanto à ilicitude ou não de uma conduta sob obediência devida assumem relevos diversos, conforme previsão contida no Direito Penal Militar e Comum, alcançando inclusive efeitos outros quanto à responsabilidade administrativa, em cotejo com o funcionário civil.

Situações fáticas se transformam, conforme ocorram em período de paz ou período de guerra, principalmente no que concerne às excludentes de crime e culpa, como por exemplo o estado de necessidade, onde um bem material (uma ponte por exemplo) pode assumir importância maior que uma vida humana, quando em período beligerante.

Apesar de disporem as normas sobre as regras a serem obedecidas, a sua existência pura e simples não deixa de ensejar discussões e, apesar de todo um arcabouço jurídico delimitando as hipóteses, certas situações se apresentam controversas. A título de exemplo, a questão da punição disciplinar e penal e sua implicação na vida do agente, mormente no Brasil, onde a punição disciplinar, se discutida judicialmente, o será pela Justiça Federal, restando a punição criminal pela Justiça Militar, apesar da ciência de que uma poderá ter influência na outra.¹³

12 Como inobservar o sentido da confiança na atividade militar? Registre-se que, no instante em que as tropas saem a campo, nem sempre é possível visualizar ou mesmo se comunicar entre os diversos grupos, tendo que se acreditar que os demais grupos estarão lá ou acolá, conforme o planejado, que a retaguarda está bem disposta, etc.; o sentimento pessoal que nutre e incentiva a operação é o da confiança, confiança no homem, no caso, no colega de farda, que manterá seu posto, lhe assegurará o salvamento, conforme idealizado.

13 A questão da sanção disciplinar na área militar e seu reflexo no ambiente penal é algo que ainda não assumiu uniformidade conceitual no Direito, variando muito conforme o sistema adotado, se de cortes marciais, maior ou menor participação do Ministério Público e do Judiciário castrense sobre a atividade produzida na caserna, etc. Vale grifar que assume magnitude o debate, quando se percebe que a sanção disciplinar no meio castrense admite a restrição da liberdade e quando uma leitura mais atenta dos Regulamentos Disciplinares dispostos para as três Forças no Brasil possuem, para algumas condutas reprováveis, teor semelhante a alguns daqueles tipificados no Código Penal Militar, o que aliás se repete em alguns países. No caso brasileiro, afirma o legislador, artigo 19 do Código Penal Militar, a independência entre ambas, o que não impede que, por vezes, se observe um processo penal com culminação de pena, em que o agente foi sancionado também com medida restritiva de liberdade pela Administração Militar, respaldada em dispositivo regulamentar. No caso brasileiro, uma medida por vezes adotada é a da detração penal (o que poderá gerar futuras confusões, caso a sanção disciplinar seja futuramente desconsiderada por decisão judicial, pois, no caso, quem a analisa não é a Justiça Militar, mas sim outro órgão do Judiciário, no caso a Justiça Federal). O Direito alemão também assume tal controvérsia, pois, como esclarece Roxin, o Direito germânico permite a cumulação de duas sanções (a penal e administrativa), fazendo ressalva, todavia, quando a punição disciplinar disser respeito a medida restritiva de liberdade, momento em que deverá vir computada apenas uma pena de prisão (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 77). Jimenez y Jimenez comenta, a esse respeito, que no primeiro texto do Regulamento Disciplinar Alemão, as medidas penais teriam preferência sobre as disciplinares, vedando-se dupla punição, vindo depois a se adotar o posicionamento acima exposto por Roxin, por se entender que é muito mais eficaz para a disciplina a imposição primeira e rápida da construção disciplinar, pois a sanção disciplinar é mais ágil e pedagogicamente assume presença perante a tropa e o violador da norma de maneira mais imediata (JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco. *Introducción al derecho penal militar*. Madrid: Civitas, 1987. p. 70).

Retomando ao aspecto psicossocial e seus reflexos na legislação e na sua interpretação, é de bom alvitre voltar à explanação de Ibañez e Díaz, quando após analisarem várias pesquisas em populações egressas de conflitos bélicos, verificaram que (salvante as hipóteses de guerra civil) são os prisioneiros de guerra e as pessoas torturadas a parte da população mais afetada. “Tem uma tendência a padecerem de depressão e transtornos psiquiátricos (...) há mais suicídios, há maior índice de psicoses. Estudos recentes demonstram prevalecer os transtornos de estresse pós-traumático em taxas muito altas (de 50 a 70%).”¹⁴

A nação investe pelas Forças Armadas em recursos humanos que sejam capazes de enfrentar a sua defesa em situações que, via de regra, se tornarão críticas. Além do mais, desde os romanos, e depois com Gustavo Adolfo, se percebeu que o condicionamento a situações de risco evita ou, se totalmente não chega a impossibilitar, diminui em grande parte o medo e, com ele, atitudes inconseqüentes, que podem se tornar prejudiciais ao agente e/ou ao grupo que se insere (pode-se acrescentar que atitude de transtorno por parte de um militar armado poderá gerar efeitos negativos até mesmo em civis próximos ao miliciano perturbado). Para tanto, deve o militar, em tempo de paz, sofrer situações que se assemelham a circunstâncias que podem se tornar reais. A exigência de preparo deve ser diferente daquela conferida a um civil ou mesmo a um policial militar, evitando-se, ou pelo menos diminuindo, o suplício do trauma em uma situação verossímil. Isso leva à indagação, e longe de mim, deter a resposta, no sentido de que, conforme questionado por um colega do Pará, até quando um exercício militar é exigível e até quando ele passa a ser considerado um excesso? E, mais além, nessa hipótese, quando é fruto de um excesso culposo, ou vem motivado por um comando que procura causar suplício e humilhações no instruendo?

A questão da honra também assume magnitude, sendo fator de valorização e identidade do grupo, uma honra que transcende ao indivíduo, para pertencer à corporação. Nesse sentido, as leis orgânicas conferidas aos militares em diversos países, que impõem uma conduta digna ao agente castrense, mesmo em atividade social, devendo se pautar por certas regras de conduta, ao ponto de sua infração poder acarretar o licenciamento da Força.

Esse conceito de honra corporativa, que se originou do período feudal, em sua nobiliarquia guerreira, não deixa de gerar discussões, pois, em um sentido de Direito Penal, Civil e, porque não também abraçado pela sociologia, deveria ficar restrito ao aspecto individual, cabendo a cultura da disciplina ao coletivo; entretantes, pode-se afirmar que o instituto em comento vem presente na estruturação de todas as Forças Armadas, inclusive para análise de condutas administrativas incompatíveis com a dignidade da Força.¹⁵

14 IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo, La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada, cit., p. 32.

15 A crítica, por vezes realizada, de que a honra militar é um atributo de origem histórico feudal, não descaracteriza sua aplicabilidade, mesmo porque a formação da instituição Forças Armadas deu-se através de uma evolução histórica, na qual foi-se adicionando uma série de atributos. Quanto ao aspecto de que para o ambiente coletivo já existiria a disciplina, tal argumento não desnatura, mas apenas acentua a especificidade do grupamento militar. No âmbito penal militar, a honra vem incluída em vários tipos penais, não só na configuração clássica das figuras de injúria, difamação e calúnia e, mais especificamente no cenário brasileiro, em “ofensas às Forças Armadas” (art. 219), mas por vezes inseridas em compilações que traduzem seu apreço. Emblemático o delito de covardia. Este, no Código brasileiro (arts. 363 a 365), encontra-se contido na titulação “Do favorecimento ao inimigo”, previsto apenas para o período de guerra. Entretanto, observarmos sua inserção em outros ordenamentos, por vezes assumindo posturas diversas. Assim, o Código de Justiça Militar de Portugal, que abre toda uma seção, artigos 98º a 110º, ora incluindo a figura em comento como constrangedora à honra militar (art. 98º), ora preponderando o veto à isenção do medo (art. 110º). José Luís Garcia de Santolla (*Comentários ao Código Penal Militar Espanhol*, p. 1422-1423), por sua vez, escreve que o Código da Colômbia o descreve como delito contra a honra

Solidificado o tripé hierarquia, disciplina e honra (esta sob o aspecto de valores permanentes ao grupamento militar), enorme influência terá o estudo do consentimento, dentro do Direito Penal Militar, em cotejo com o Direito Penal Comum, pois indagações diversas podem ensejar respostas variadas, conforme o ordenamento aplicado, fato esse nem sempre lembrado pelos legisladores.

Como exemplos, pode-se mencionar a incompatibilidade de se transacionar a hierarquia, tornando-se esta indisponível para um acordo. Daí colocar, o Estatuto Penal Militar, a determinação de ação penal pública, mesmos nos crimes que envolvam ofensas pessoais restritas à honra individual entre militares, haja vista que incabível ao militar “ofendido” dispor de seu sentimento como vítima ou não da agressão, pois a desonra ao tipo diz respeito à hierarquia e disciplina (sobre estas é que deverá ser feita a análise da ofensa) e não pelo conteúdo pessoal do agente. O próprio direito de ir e vir sofre restrições, na atividade militar, diversas das correspondentes à vida civil, o que também pode ser sentido na manifestação de pensamento, privacidade, direito de reunião e de associação, que assumem características muito próprias para o militar, em qualquer ordenamento jurídico.¹⁶

Bibliografia

ALIGHIERI, Dante. *Divina comédia* São Paulo: W.M. Jackson, 1964. v. 1.

CHORNER, Consuelo Ramón. *Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*. Madrid: Trotta, 1995.

EHRENREICH, Barbara. *Ritos de sangue: um estudo sobre as origens da guerra*. Rio de Janeiro: Record.

GARCIA DE SANTOLLA, José Luís. *Comentários al Código Penal Militar*. Madrid: Civitas, 1988.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de presa & del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

HOWARD, Michel. *A guerra na história da Europa*. Sintra: Europa-América, 1997.

IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo. La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada. In: *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*. Madrid: Exlibris, 1999.

JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco. *Introducción al derecho penal militar*. Madrid: Civitas, 1987.

LEINER, Piero de Camargo. *Meia volta volver*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

militar; o cubano, como ofensivo à honra e à reputação militar; o chileno o insere entre os deveres e a honra militar, o que é seguido pela França, recebendo em Israel a denominação de “condutas vergonhosas em relação às operações militares”, como também artigos outros: 139, “condutas desonrosas” e 130, “condutas impropriedades”. Já o Código inglês descreve como “má conduta em combate”. As descrições mencionadas evidenciam uma só figura penal – a covardia – que o bem jurídico honra assume no contexto legislativo.

16 Como exemplo, o ordenamento italiano, sobre o qual Silvio Riondato tece longas considerações (*Diritto penale militare*, Milano: Cedam, 1998, p. 179-201).

MOLINERO, Marcelino Rodríguez. *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el derecho de la paz y de la guerra*. 2. ed. Salamanca: Cervantes, 1998.

O'CONNELL, Robert. *História da guerra, armas e homens*. Lisboa: Teorema, 1995.

RIODANTO, Silvio. *Diritto penale militare*. Milano: Cedam, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Ministério da Educação, 1988.

———. *Código Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

———. *Código Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPAÑA. *Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas*. Madrid: Tectnos, 1999.

ITÁLIA. *Codici Penali Militari enorme complementari*. 5. ed., Milano: Giuffré, 1998.

———. *L. 11 giugno 1978, n. 382. Norme di principio sulla disciplina militare – Codici Penali Militari*. 5. ed. Milano: Giuffré, 1998.

PORTUGAL. *Código de Justiça Militar*. Lisboa: Legis, 1996.