

CRIME MILITAR E CRIME COMUM. CONCEITOS E DIFERENÇAS¹

Jorge César de Assis²

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO MILITAR

A presente análise – ligeira - pretende estabelecer uma abordagem sobre o crime militar em relação ao crime comum, tão ampla quanto possível, tão didática quanto necessária.

A bem da verdade, o estudo e a discussão do Direito Penal Militar no Brasil engatinham se comparados com a atenção que é dada aos demais ramos do direito.

Todavia, esta falta de atenção para com o direito penal castrense não é apanágio só do Brasil. Assim, conforme nos informam Eugênio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero ao pretender delimitá-lo, “en torno del derecho penal militar argentino se han producido vários malentendidos y, en general, dado que está parcial o deficientemente estudiado en nuestras universidades”.³

Tratando da mesma problemática na Espanha, Mariano y Aragon nos passa a mesma impressão ao afirmar que “la postura de España contrasta con la de otros países, según explica HIGUERA GUIMERA, pues por ejemplo, en Italia esta disciplina se incluye en los <Planes de estudio> de la carrera de derecho; pero en España no aparece ni como < facultativa>. En el panorama de hoy, en nuestra patria, no parece fácil que se pueda corregir este tradicional abandono Del estudio de esta rama de la < Enciclopedia Jurídica>”.⁴

Lembra Ronaldo João Roth “que no Brasil, no período de 1925 a 1930, o ensino do Direito Militar no quinto ano do Curso de Direito era obrigatório por lei, tornando-se, com a reforma da lei do ensino, facultativo. Mesmo assim, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, um dos primeiros Cursos de Direito no Brasil, ao lado da Faculdade de Direito de Recife, ambos instituídos pela Lei de 11.8.1827, manteve essa matéria no currículo do Curso de Direito até idos de 1936, registrando-se que durante vários anos ela foi ministrada pelo professor e jurista Basileu Garcia”.⁵

Entre nós existe atualmente um consenso sobre a necessidade de maior divulgação do direito penal militar. Diríamos, entretanto, que o período pós Constituição Federal de 1988 abriu um novo marco de publicações acerca deste direito penal especial no Brasil.

A ameaça sempre presente e injusta de extinção da Justiça Militar, acentuada na Assembléia Constituinte, depois ressurgida na Revisão Constitucional de 1993, e presente

¹ Palestra proferida no *Seminário de Direito Penal e Processual Penal Militar*, organizado pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, realizado no dia 30.08.2004, no auditório da Associação Brasil Soka Gakkai Internacional, em São Paulo, SP.

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria / RS. Email: j1c2a3@uol.com.br

³ *Derecho Penal Militar. Lineamentos de la Parte General*, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, p.3

⁴ *Ayer y Hoy de la Jurisdicción Militar en España*. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003, p.30

⁵ *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na atuação Jurisdicional*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, p.72.

ao longo da controversa Reforma do Poder Judiciário brasileiro, que se arrasta pelo Congresso Nacional há mais de 12 anos teve, entretanto, em nível de Justiça Militar um efeito aglutinador de defesa e esclarecimento da sociedade, seja a nível federal, seja em nível dos Estados e do Distrito Federal, daí resultando desde então um número cada vez maior de eventos acerca deste importante tema, inclusive alguns de nível internacional.

Algumas faculdades aqui e ali, já passam a prever o direito penal militar como disciplina optativa, sendo que a Universidade Federal de Santa Catarina a apresenta em seu currículo na Disciplina Direito Penal IV, conforme notícia novamente Ronaldo Roth.⁶

Feita esta introdução, que consideramos necessária, nos ocuparemos agora do objeto desta Justiça Especializada – o direito penal militar e, dentro dele, do crime militar, e sua relação com o ilícito comum.

Na correta expressão de Jorge Alberto Romeiro, “o direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares”.⁷

2. CRIME MILITAR E CRIME COMUM

O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre esta figura delitativa.

Para o jurista chileno Jorge Mera Figueroa, “en la doctrina actual existe un amplio consenso en el sentido de que el delito militar es un delito especial que se integra con dos elementos copulativos que lo caracterizam y distinguen de los delitos comunes: la naturaleza militar del bien jurídico protegido, a saber un bien jurídico de carácter castrense, y la calidad militar del autor, que infringe sus deberes militares, esto es, los que corresponden en tanto miembro de las Fuerzas Armadas”.⁸

Júlio Fabbrine Mirabete já apontava de há muito que, “árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares”.

Em edição atualizada da obra de Mirabete, Renato N. Fabbrine anotou acerca dessa afirmação do saudoso Mestre que “pela nova Constituição, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*), ou seja, os previstos no Código Penal Militar. Assim, inserido o crime em outra lei, afasta-se a competência dessa Justiça especial”.⁹

A anotação não foi precisa já que a hipótese de um fato estar previsto tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum caracteriza o crime impropriamente militar cuja competência num primeiro momento é da Justiça Militar, pelo princípio da

⁶ Ob. citada, p.72 e 73.

⁷ Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 4.

⁸ La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno. Bases Programáticas para su Reforma Integral. Hacia una Reforma de la Justicia Militar, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2002, p.14.

⁹ Manuel de Direito Penal, Parte Geral, 21ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p.137

Especialização, e a remissão a ela (a anotação) é feita apenas para se aquilatar a dificuldade que encontra o jurista pátrio não afeito às lides da caserna para a exata compreensão do que seja o crime militar em relação com o crime comum.

A necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna, a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor.

Nos crime propriamente militar a autoridade militar poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar em relação ao crime comum.¹⁰

Assim, se a Constituição Federal reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou imprpropriamente militar)¹¹.

Esta distinção se faz mais necessária se atentarmos que o Código Penal comum, ao tratar da reincidência em seu art. 64, II, exclui, do seu cômputo, ao lado dos crimes políticos, os crimes militares próprios.

Daí porque necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime imprpropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro, etc.)¹² e via de regra, poderá ser cometido por civil.¹³

¹⁰ São exemplos clássicos desta possibilidade a captura e a prisão do desertor, e a colocação sob menagem forçada do insumisso. Da mesma forma, durante a investigação policial militar, o encarregado do IPM poderá efetuar a detenção cautelar do indiciado que cometer crime militar próprio, por até 30 dias, sem necessidade de ordem da autoridade judicial competente, que deverá, entretanto ser comunicada.

¹¹ Jorge Alberto Romeiro lembrou que os as designações crimes puramente militares e crimes propriamente militares provém da legislação mais antiga, e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e que a vigente se refere a crime propriamente militar e crimes militares próprios, também sem dizer o que sejam. E, que, embora sem os definir nossos vigentes diplomas legais atribuem aos crimes propriamente militares relevantes efeitos jurídicos. Ob.citada, p.66 e 67.

¹² Chrisólito de Gusmão há quase um século já criticava acentuadamente os crimes imprpropriamente militares, os quais chamava de mixtos, afirmando que sua existência não encontrava justificativa de modo algum. Questionava o autor em que o furto, a apropriação indébita, a falsidade e a difamação, entre outros, ofendiam especificamente a disciplina, a hierarquia ou a ordem administrativa militar? Para ele, tais crimes deveriam ser agravados em sua penalidade, quando praticados por militares, mas de acordo com o Código Penal comum. E desfechava: um Código Penal Militar só pode e só deve conter os crime propriamente militares, isto é, aqueles que o militar pratica como tal. Ob. Citada, p. 48 a 55.

¹³ Eugênio Raul Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero apontam que a doutrina argentina denomina os crimes cometidos por civis de ‘falsos delitos militares’ e ponderam que se o art. 508 do Código de Justiça Militar caracteriza o delito militar como toda violação dos deveres militares, não se pode afirmar que violam seus deveres militares quem não os tem ao seu cargo. Para os referidos autores, os delitos em que se afetam bens jurídicos militares porém são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum. O. citada, p.11.

Nossos autores clássicos, com algumas variações estabelecem esta divisão: Oscar Macedo Soares em 1903¹⁴, Chrisólito de Gusmão em 1915¹⁵, Esmeraldino Bandeira em 1925¹⁶ e, Silvio Martins Teixeira em 1946. Surge então um lapso temporal até 1972, quando Ramagem Badaró comentou pela primeira vez, o atual CPM¹⁷.

Antes do Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, que estabeleceu o Código Penal para a Armada (estendido para o Exército em 1895), a legislação militar brasileira estava esparsa por grande número de alvarás, provisões, decretos, leis, regulamentos, avisos, atos dos poderes executivo e legislativo, não havia codificação.

O Código Penal Militar brasileiro prevê, ao mesmo tempo, tanto os crimes militares próprios como os impróprios.

Na legislação comparada, iremos ver que na Espanha, a tipificação de condutas constitutivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares, porém, excepcionalmente contempla suposições que afetam ao serviço e aos interesses do Exército, em que não militares podem ser sujeitos ativos de ofensas à instituição armada com lesão do bem jurídico tutelado, podendo resultar delito militar formal e materialmente¹⁸.

Já o Código de Justiça Militar de Portugal aplica-se aos crimes essencialmente militares, sendo que em virtude das alterações introduzidas na Constituição da República Portuguesa em 1997, foram extintos os tribunais militares em tempo de paz, os quais funcionarão apenas, durante a vigência do estado de guerra com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militares¹⁹.

Na Argentina, nos lembram Igounet(h)-Igounet que “el artículo 108 Del CJM dispone que la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas ‘essencialmente militares’. Pero he aquí que, como veremos, existen tipos penales militares (como la rebelión militar en alguna de sus formas) que constituyan figuras de idéntica estructura jurídica que sus similares Del Código Penal de la Nación”²⁰.

Interessante anotar que o CJM argentino prevê, em seu art. 870, a punição de delitos comuns, nos casos submetidos à jurisdição militar, pelas disposições do Código Penal, sendo que havendo previsão do mesmo fato na legislação militar e comum, aplicar-se-á a pena mais grave²¹.

Já o novel Código Penal Militar da Colômbia²² trouxe mudanças fundamentais ao tempo em que definiu os delitos tipicamente militares, e excluiu da jurisdição penal militar os delitos de tortura, genocídio e desaparecimento forçado, dando aplicação à sentença da

¹⁴ Código Penal Militar. H. Gainier, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1903.

¹⁵ Direito Penal Militar. Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1915.

¹⁶ Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1925.

¹⁷ Comentários ao Código Penal Militar de 1969. Editora Juriscred, São Paulo, 1972.

¹⁸ Preâmbulo da Ley Orgânica 13/1985, de 9 de diciembre, Del Código Penal Militar. *Apud* Antonio Millán Garrido, Justicia Militar, 2ª edição, Ariel, Barcelona, 2003, p.95

¹⁹ Conforme ofício de 07.06.2001, de S. Exa. O Gen Evandro Botelho do Amaral, então Presidente do Supremo Tribunal Militar português, a nós endereçado.

²⁰ Código de Justicia Militar, Anotado, Comentado, con Jurisprudencia y Doctrina Nacional y Eranjera. Librería Del Jurista, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.XXXIII.

²¹ *idem*, p.405.

²² Entrou em vigor em 13 de agosto de 2000.

Corte Constitucional que já havia fixado o alcance do art.221 da Constituição daquele país.²³

O art.5º do Código Penal Militar colombiano assevera ainda que ‘em nenhum caso os civis poderão ser investigados ou julgados pela justiça penal militar’.

Voltando agora para o Código Penal brasileiro, veremos que o mesmo não conceitua o que seja crime militar.

Na expressão do autor do anteprojeto, o Professor Ivo d’Aquino, “para conceituar o crime militar em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei considera como tal. Não define: Enumera. Não quer isto dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione personae*, *ratione loci*, ou *ratione numeris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do art. 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos”.²⁴

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade militar do agente.

O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.

São delitos militares *ratione temporis* os praticados em determinada época, como por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Daí, conforme já dissemos anteriormente, “a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art.9º”.

Por sua vez, as diversas alíneas do inc.II esposam concomitantemente outros critérios, quais sejam, em razão da matéria, da pessoa, do lugar e do tempo”.²⁵

3. DIFERENÇAS MARCANTES ENTRE O CRIME MILITAR E O CRIME COMUM

Ao tempo em que estabelecemos as diferenças marcantes entre o crime militar e o crime comum, convém lembrar que o estudo do primeiro não é algo que se faça de forma isolada senão em conjunto com toda a legislação material que se refere à organização e funcionamento das forças armadas²⁶ - **o direito militar**, como preferiram chamá-la Eugênio Raul Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero²⁷, em contrapartida àqueles autores que viam o **direito militar** como expressão usada para designar apenas o direito penal militar e o direito disciplinar militar.

²³ O art.221 da Constituição colombiana prevê que as Corte Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos por militares em serviço ativo e que tenham relação com o mesmo serviço.

²⁴ Revista de Informação Legislativa, Brasília, julho / setembro de 1970, p.100.

²⁵ Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral, 4ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 2003, p.38

²⁶ Incluímos aí as polícias militares e os corpos de bombeiros militares.

²⁷ Ob.citada, p.4.

Dentre esta ampla legislação que compõe o **direito militar**, para usarmos a expressão de Zaffaroni e Cavallero, destaca-se de fundamental importância o Estatuto dos Militares²⁸ ao conceituar que “a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específica, abrindo caminho para que o Regulamento Disciplinar do Exército²⁹ que a seguiu, dispusesse que transgressão disciplinar é qualquer violação dos preceitos da ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua forma elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua forma complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal”.

Inserem-se ainda dentro deste **direito militar**, a seguinte legislação extrapenal: Lei do Serviço Militar e seu Regulamento; os Regulamentos Disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; as Leis de Promoções de Oficiais e Praças; a Lei que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, etc., e seus correspondentes em relação à Forças Auxiliares.³⁰

Ou seja, sem entender a estrutura e a organização das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, seu *modus vivendi* próprio, os usos e costumes militares e os valores que lhes são caros difícil é a compreensão do que seja o crime militar o qual, em última análise é a manifestação do Estado na tutela dos bens jurídicos das instituições militares.

Dito isto passaremos, portanto, a enumerar algumas diferenças que nos parecem marcantes, do crime militar em relação ao crime comum, rogando *venia* pela escolha que pode não ser a mais adequada. Também não iremos comentar a razoabilidade dessas diferenças em face do objetivo deste ensaio ser, tanto quanto possível, dar uma visão geral acerca do tema proposto:

.PUNIBILIDADE DA TENTATIVA. Enquanto o Código Penal comum brasileiro adotou a teoria objetiva em seu art.14, II, punindo a tentativa com uma pena reduzida de 1 a 2 terços, o Código Penal Militar, no parágrafo único do seu art.30, previu a punibilidade da tentativa pela teoria subjetiva (mesma pena do crime consumado), sendo que a **excepcional gravidade** ali referida, fica a critério do arbítrio do Juiz. Encontramos decisões mantendo a punibilidade subjetiva, em acórdãos do Superior Tribunal Militar, como por exemplo, na Apelação nº 2003.01.049308-5-SP.³¹

²⁸ Lei nº 6.880, de 09.12.1980.

²⁹ Decreto nº 90.608, de 04.12.1994, art. 12. O novo RDE (Decreto 4.346, de 26.08.2002 não repetiu a definição mas ampliou o conceito de transgressão disciplinar no seu art.14.

³⁰ As polícias militares e os corpos de bombeiros militares são Forças Auxiliares e reserva do Exército Brasileiro, subordinados, entretanto, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, CF, art. 144, § 6º.

³¹ STM: Apelação nº 2003.01.049308-5-SP, Relator Ministro Olympio Pereira da Silva, julgado em 10.09.2003, unânime.

. **TRATAMENTO MAIS SEVERO AO ERRO DE DIREITO.** O erro é tratado de forma diversa nos dois Códigos, valendo anotar que não há correspondência exata ente o erro de direito e o erro sobre a ilicitude do fato. Assim, o Código Penal comum trata em seu art.21 do erro sobre a ilicitude do fato, o qual se inevitável, ou invencível, exclui o dolo e, portanto, o autor fica isento de pena. Definiu-se, conforme o item nº 17 da Exposição de Motivos do CP, a evitabilidade do erro em função da potencial consciência da ilicitude. Já o Código Penal Militar tratou do erro de direito de forma duplamente severa em seu art.35, se o agente supõe lícito o fato, por ignorância ou errada compreensão da lei, se escusáveis (ou invencíveis) sua pena poderá ser atenuada ou substituída por outra menos grave e, se for crime contra o dever militar, o erro de direito não lhe aproveita. Em rápida pesquisa junto aos Tribunais Militares do Rio Grande do Sul e Minas Gerais não encontramos decisões em que houvesse sido questionado este tratamento mais severo dado ao erro de direito. Já no STM, encontramos decisões mantendo este tratamento mais rigoroso, como por exemplo na Apelação nº 1986.01.044632-1-RS.³²

. **PREVISÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE ESPECÍFICO DO COMANDANTE.** Previsto no parágrafo único do art. 42, o qual permite que o Comandante de navio, aeronave, ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade possa compelir os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. Não se pode esquecer que ao Comandante é imposto o dever de manter sua tropa controlada, destinando o CPM inclusive algumas figuras típicas de modo a punir aquele que se omite em manter a força sob seu comando em estado de eficiência (art.198) e mesmo aquele que se omite de tomar providências para salvar seus comandados (art.200).

. **TRATAMENTO DUPLO AO ESTADO DE NECESSIDADE.** Enquanto o Código Penal comum previu apenas o *estado de necessidade justificante* como excludente da ilicitude no seu art. 24, o CPM previu igualmente tanto o *estado de necessidade justificante* (art.42, I e 43), quanto o *estado de necessidade exculpante* como excludente da culpabilidade (art.39), desde que o direito alheio a ser protegido, seja, nesse caso, de pessoa a quem o agente está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Note-se que no estado de necessidade como excludente da culpabilidade, o bem sacrificado pode ser inclusive maior ao bem protegido.

. **PREVISÃO DA PENA DE MORTE EM TEMPO DE GUERRA.** A legislação militar brasileira sempre previu a pena de morte. Existe uma previsão constitucional do inciso XLVII do art.5º, o qual ressalvou-a para o caso de guerra declarada. A guisa de informações vale destacar que na vigência do regime constitucional anterior, houve uma condenação à morte por crime contra a Segurança Nacional, aplicada pela Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, da Justiça Militar da União, em 18.03.1971, a um civil, menor de 21 anos, acusado de ter matado um Sargento da Aeronáutica. Tendo sido apelado

³² Apelação nº 1986.01.044632-1-RS, Relator Ministro Ruy de Lima Pessoa, julgado em 26.06.1986, unânime.

para o Superior Tribunal Militar, a pena do réu foi reduzida para prisão perpétua em face da menoridade e da primariedade do agente.³³

. **PREVISÃO DE PENAS INFAMANTES.** Dentre as penas acessórias previstas no art. 98 do CPM, destacamos a declaração de indignidade para com o oficialato e a declaração de incompatibilidade para com o oficialato, já que ambas, por mandamento constitucional, implicam na perda do posto e da patente dos oficiais, declarada pelo Tribunal competente em tempo de paz.³⁴ Por ora, suficiente que se diga que fica sujeito à declaração de indignidade, **qualquer que seja a pena**, o militar condenado nos crimes de traição, espionagem ou cobardia e, também nos de desrespeito a símbolo nacional, pederastia ou outro ato de libidinagem; furto simples; roubo simples; extorsão simples; extorsão mediante seqüestro; chantagem; estelionato; abuso de pessoa; peculato; peculato mediante aproveitamento de outrem; falsificação de documento e; falsidade ideológica.

Da mesma forma, será declarado incompatível com o oficialato, o militar condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 141 (entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil) e 142 (tentativa contra a soberania do Brasil).

Anota José Júlio Pedrosa que o oficial declarado indigno ou incompatível com o oficialato, por decisão do Superior Tribunal Militar, perde, obrigatoriamente, o posto e patente, nos termos do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal.

Perdendo o posto e patente será demitido *ex officio* sem direito a qualquer remuneração ou indenização e receberá a certidão de situação militar prevista na legislação que trata o serviço militar. Deixa de ser militar e oficial.

É o que estabelece o art. 119 do Estatuto dos Militares.

E, de acordo com o art. 20 da Lei das Pensões Militares (Lei nº 3.765/60) ‘o oficial que perde posto e patente deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente’³⁵.

E, como já dissemos alhures, “o legado da pensão aos herdeiros demonstra o caráter infamante que sempre lhe foi dado quando o Código Penal Militar de 1944, em seu art. 51, considerava o indigno e o incompatível como se morto fosse, morte civil (*mors ficta*)”³⁶.

. **MAIOR SEVERIDADE AO TRATAMENTO DADO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - SURSIS.** Enquanto no Direito Penal comum exige-se que o condenado não seja reincidente em crime doloso, art. 77, I (podendo ser reincidente em crime culposo), no Direito Penal castrense exige-se que o sentenciado não seja reincidente em crime punido com pena privativa de liberdade, art.84, I, (que tanto pode ser doloso como culposo), o que implica em um *plus* de severidade.

Da mesma forma, a concessão do benefício está vetada ao condenado por crime cometido em tempo de guerra e, em tempo de paz, aos condenados pelos crimes de aliciação e incitamento, de violência contra o superior de dia, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão; de desrespeito ao superior, de insubordinação ou de deserção, além dos crimes de desrespeito a superior, desrespeito a símbolo nacional,

³³ Apelação nº 38.590 – BA, Relator Ministro Dr. Amarílio Lopes Salgado, sessão de 14.06.1971.

³⁴ Art.142, § 3º, inciso VI e VII, da Constituição Federal.

³⁵ A perda do posto e patente dos Oficiais das Forças Armadas. Direito Militar – História e Doutrina, AMAJME, Florianópolis, 2002, p.97.

³⁶ Direito Militar. Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos, Editora Juruá, Curitiba, 2001, p.98.

despojamento desprezível, pederastia ou outro ato de libidinagem, de receita ilegal e seus assimilados.

. **TRATAMENTO MAIS SEVERO AO CRIME CONTINUADO.** Tratando da hipótese do crime continuado em seu art.80 o Código Penal Militar adotou, da mesma forma que a legislação penal comum, a teoria da ficção jurídica, pela qual presume-se a existência de um só crime. Fá-lo, entretanto, de forma mais severa, pois equipara o crime continuado ao concurso de crimes, exasperando, sobremaneira, a aplicação da pena.

. INAPLICABILIDADE DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL AOS CRIMES MILITARES.

A Lei nº 9099, de 26.09.1995, instituiu os Juizados Especiais Criminais, regulamentando assim o art. 98, I, da Carta Magna, fonte geradora dos referidos Juizados Especiais da Justiça do Distrito Federal e dos Estados.

O Juizado Especial Criminal tem competência para a conciliação, julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Todavia, a Lei dos Juizados Especiais Criminais não se aplica à Justiça Militar.

De pronto, o Superior Tribunal Militar rechaçou-a, inclusive sumulando a questão em se Verbete nº 9: *A Lei nº 9099/95 não se aplica na Justiça Militar da União.*

A Suprema Corte Brasileira, em meio à intensa discussão, pacificou que somente eram aplicáveis à Justiça Militar, os institutos da exigência de representação nas lesões culposas e nas lesões leves dolosas e, o instituto da suspensão condicional do processo.

Por fim, a Lei nº 9.839, de 27.12.1999, acrescentando artigo à Lei nº 9099/95 (de nº 90-A), retirou finalmente (e em boa hora), a Lei dos Juizados Especiais, do universo do processo penal castrense, Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

De nossa parte, sempre consideramos os Juizados Especiais Criminais incompatíveis com a Justiça Militar, seja da União, seja Estadual.

Posteriormente, em face da ausência de previsibilidade de Juizados Especiais para a Justiça Federal – objeto de várias críticas abalizadas e anseios, foi editada a Lei nº 10.259, de 12. 07.2001 – para vigor 6 meses após, criando os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto da Lei 9099/95.

Ao tratar da competência do Juizado Especial Federal Criminal, estabeleceu a Lei em seu art. 2º, sê-la, a de processar e julgar os fatos de competência da Justiça Federal, relativo às infrações de menor potencial ofensivo, para no parágrafo único do mesmo artigo, *considerar infrações de menor potencial ofensivo, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.*

Ante a existência de dois dispositivos legais considerando, em quantum diverso, o que seja infração de menor potencial ofensivo, a melhor exegese é a de que a Lei nº 10.259/2001 (*novatio legis in mellius*) revogou o art. 61 da Lei nº 9099/95, tornando infração de menor potencial ofensivo todos os crimes e contravenções cuja pena máxima não exceda a 2(dois) anos ou multa, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sejam da Justiça Estadual ou Federal, sem incidência entretanto na Justiça Militar já que em sede de direito penal militar não existe infração de menor potencial ofensivo.

INAPLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS AOS CRIMES MILITARES.

A Lei nº 9.714, alterando toda a seção II, do Capítulo I, do Título V, do Código Penal comum, ampliou o rol das penas restritivas de direitos e as hipóteses de suas substituições às penas privativas de liberdade não superiores a 4 anos, se o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposo, atendido os demais requisitos do art.44, e atendendo-se ainda ao que dispõem os arts.46 a 48 do CP comum.

Discute-se se tal Lei pode ser aplicada na Justiça Militar.

Para o Superior Tribunal Militar tal Lei não tem aplicação na Justiça Militar da União.³⁷ O Próprio Superior Tribunal Militar já entendeu que as penas restritivas de direito estão limitadas à alteração do art.44 do Código Penal comum, não se aplicando aos crimes militares, objeto de lei especial diversa no ponto.³⁸

De nossa parte “entendemos que deve haver uma cautela na eventual aplicabilidade da Lei 9.714/98 aos condenados pela Justiça Militar – e, mesmo assim, somente ao condenado civil, sob pena de descaracterização da Justiça Especializada”.

Lembre-se que a Lei 9.714/98 alterou expressamente dispositivos do Código Penal comum, somente podendo ser aplicada ao sentenciado da Justiça Militar por força do art.12, do mesmo CP comum, que se dirige às Leis Especiais, dentre elas, o Código Penal Militar”.³⁹

São estas, portanto, as diferenças que elegemos para serem aqui demonstradas, por considerá-las mais marcantes em relação com o direito penal comum brasileiro, desde já de todo respeitado outras escolhas feitas com maior apuro.

4. CONCLUSÃO

Concluir acerca de tema tão fascinante quanto tormentoso é arriscado demais. Preferimos suscitar o debate acalorado dos estudiosos, lembrando que o Código Penal Militar brasileiro sempre procurou manter-se próximo do Código Penal comum.

Aliás, conforme prelecionava Silvio Martins Teixeira, um dos artífices do Código Penal Militar de 1944, “ambos os ramos da legislação penal brotam do mesmo tronco, tendo, portanto, as mesmas raízes e os princípios fundamentais do Direito repressivo”.

“Não tendo o Código Penal tratado dos crimes militares, deixando-os para uma legislação especial, conforme o sistema de quase todos os países, necessário se tornou a imediata elaboração do Código Penal Militar, para que este se adaptasse aos novos princípios orientadores da legislação penal brasileira”.

³⁷ Apesar da posição do STM, a nível de 1º grau se tem notícia de aplicação da Lei das Penas Alternativas, em caso de condenados civis.

³⁸ O Tribunal de Justiça do Paraná já entendeu que a Lei 9.714/98 é aplicável aos crimes militares impróprios na Apelação nº 77.298-9 e Apelação nº 77.739-5, ambas oriundas da Vara da Auditoria Militar do Estado, Jornal da AMAJME nº 28, julho / agosto de 2000.

³⁹ Direito Militar. Aspectos Penais, etc., já citado, p.93.

“Visou, quanto possível, harmonizar com os preceitos da legislação comum o nosso Código Penal Militar, e impedir o conflito deste com as leis de segurança nacional”.⁴⁰

Todavia, se hoje o texto do atual CPM se acha mais divorciado do CP comum, tal situação decorre de um acidente de percurso durante um momento da vida política brasileira que coincidiu com a edição da legislação penal militar atual. É que exatamente a 21 de outubro de 1969, a Junta Militar que governava o Brasil, outorgou quadrigêmeos⁴¹ legais, na forma de Decretos-leis de nºs 1001(o CPM); 1002 (o CPPM); 1003 (a LOJM) e; 1004 (o CP comum que por sua excessiva severidade foi revogado mesmo antes de entrar em vigor).

Desta forma, em todas as discrepâncias aqui demonstradas, foi o Código Penal Militar abeberar-se no texto legal de seu irmão gêmeo natimorto⁴².

Com a edição da Nova Parte Geral do Código Penal em 1984 a distância entre os dois Códigos tornou-se ainda maior, sendo que a Carta Política de 1988 tornou inconstitucional um grande número de seus artigos.

Porém esta importante fonte do direito penal militar que é a jurisprudência vem ajustando seus mandamentos à vida em sociedade, à evolução dos costumes, de modo que é possível afirmar que se atualmente, o texto gélido do CPM carece urgentemente de uma reforma, o direito penal militar está permeado das garantias constitucionais, na busca incessante do ideal de Justiça.

Em 04 de dezembro de 2003, durante o II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, realizado em Florianópolis – SC, o Ministro José Júlio de Pedrosa expôs sobre o anteprojeto de um novo Código Penal Militar elaborado pelo Superior Tribunal Militar.⁴³

Quanto à severidade da legislação penal militar em relação à comum, nunca é demais lembrar que o direito penal militar, como direito especial por excelência, dirige-se a uma determinada classe de pessoas, os militares - a regra, se bem que em algumas ocasiões possa dirigir-se igualmente aos civis – a exceção.

⁴⁰ Código Penal Militar Explicado. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946, prólogo.

⁴¹ Quadrigêmeos porque nasceram em um mesmo momento, todavia os autores dos anteprojetos eram diversos, sendo o do CP de 1969 de autoria do insigne Nelson Hungria.

⁴² Jorge Alberto Romeiro, ao longo de seu precioso Curso de Direito Penal Militar, já citado, demonstrou todos esses desacertos.

⁴³ Esclareceu o ilustre Ministro do STM que o anteprojeto foi encaminhado ao Governo em outubro de 1996. Ali recebeu pareceres favoráveis, com mínimas propostas de alteração, do Ministério da Justiça, do então Estado-Maior das Forças Armadas e dos Ministérios Militares. Entretanto, em 22 de outubro de 1998 o Superior Tribunal Militar solicitou ao Ministro da Justiça a restituição do anteprojeto para a realização de ajustes no texto anteriormente proposto. Na realidade, o Tribunal entendeu prudente não submeter o anteprojeto ao Congresso antes de razoavelmente definida a questão da competência da Justiça Militar, então matéria de intensa controvérsia na Comissão de Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados. Não pareceu conveniente, naquela altura, em que se discutia a competência da Justiça Militar a nível constitucional, levar o assunto ao Congresso em um projeto de lei ordinária. Depois, em agosto de 2000, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei alterando a Parte Geral do CP comum, elaborado pela comissão MIGUEL REALE. Esse Projeto de Lei anda em ritmo lento na Câmara dos Deputados, mas é certo que sua aprovação poderá implicar em alterações no projeto do CPM.

Militares, definidos constitucionalmente como sendo federais e dos Estados e Distrito Federal, estando ambas as espécies sob a mesma organização: a disciplina e a hierarquia.

Se a Sociedade e a Pátria lhes outorgam a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, curial que ao lado de tais garantias que muitas vezes escapam ao servidor público civil, lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres.

Esta severidade legal, entretanto, não deve passar daqueles dispositivos que realmente o especificam, em salvaguarda do serviço militar, da disciplina, da hierarquia, da condição de superior, não devendo ser estendida aos princípios informadores que regem o direito penal brasileiro, seja ele comum ou militar.

Esta tentativa de similitude, tanto quanto possível, está prevista no Anteprojeto de CPM elaborado pela Corte Maior da Justiça Militar da União.⁴⁴

⁴⁴ Mas sofre a influência direta das dificuldades encontradas pelo Estado brasileiro em conter a violência e a criminalidade avassaladora, aliada à sanha parlamentar que transforma o nosso arcabouço jurídico em verdadeiro “cipoal legislativo” a assolar o país.