

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 130 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – PRESCRIÇÃO DAS PENAS ACESSÓRIAS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Resumo: o presente artigo busca demonstrar a inconstitucionalidade do art. 130 do estatuto repressivo militar, o qual versa sobre a imprescritibilidade das penas acessórias aplicadas ao militar condenado na justiça castrense. Porém, como veremos, a regra constitucional vigente é a prescritibilidade das penas e dos ilícitos aplicados aos condenados pelo sistema judiciário.

Palavras – chave: pena principal – pena acessória – condenação – prescrição – inconstitucionalidade.

PEDRO PAULO PEREIRA ALVES

2º Tenente da Polícia Militar de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela FEAD/BH.

I – INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar (CPM) aprovado pelo decreto-lei nº 1.001/69 foi recepcionado pela Constituição Federal (CRFB), sendo desta forma incluído no arcabouço jurídico a partir de 1988 com status de lei ordinária federal. Mesmo sendo recepcionado pela CRFB/88 o CPM ainda apresenta em seu conteúdo regras que afrontam diretamente a Constituição e, por conseguinte, devem ser consideradas inaplicáveis.

No caso em tela, o art. 130 do CPM¹ dispõe que a execução das penas acessórias são imprescritíveis. Como se sabe a regra adotada pelo legislador constitucional é a prescritibilidade das penas e ilícitos, como forma de evitar a perpetuação de situações no tempo e espaço sem que o

1 Art. 130. É imprescritível a execução das penas acessórias.

Estado se manifeste em tempo hábil pela punição/sanção ao infrator.

Não se tolera a indefinição *ad aeternum* em que o Estado não se pronuncia em tempo oportuno se irá ou não punir a pessoa que infringiu os ditames da lei. Portanto, a punição deve ser o mais próximo possível do fato motivador para incutir no infrator o receio em cometer novos crimes, além de ser necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Sabemos que essa não é a realidade do nosso país, onde os processos se amontoam nas varas criminais impedindo o julgamento célere e tempestivo do infrator, o qual é por vezes beneficiado pela extinção da punibilidade em decorrência da prescrição².

Desta forma, em breve análise, demonstrar-se-á a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão sob o enfoque meramente constitucional, que norteia todo o ordenamento jurídico pátrio.

II – A REGRA DA PRESCRITIBILIDADE: CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A CRFB/88 em seu art. 5º, incisos XLII e XLIV trouxe a exceção à regra da prescrição, declarando que os únicos crimes imprescritíveis seriam a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Assim dispõe os dispositivos constitucionais:

“Art. 5º [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à reclusão, nos termos da lei.

[...]

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

(grifos do autor)

2 “A Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa nos anos de 2010 e 2011. Um crime só prescreve quando transcorre o prazo máximo para que o réu cumpra a pena caso seja condenado. O dado foi revelado ontem num levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – criado para auxiliar a Justiça do país”. (Gazeta do Povo. Acesso em 12/08/2014. disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1363603>).

Ademais, em outro dispositivo constitucional a regra da prescritibilidade é clara em relação aos ilícitos praticados por agente público, deixando como exceção a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário de acordo com o art. 37, § 5º da CRFB/88, nos seguintes termos:

“**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 5º - A lei **estabelecerá os prazos de prescrição** para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

(grifos e negritos do autor)

Nota-se cristalinamente a adoção do prazo prescricional como norte para o Estado-Juiz instruir o processo e aplicar a sanção em tempo oportuno, não deixando na insegurança jurídica³ a sociedade que espera a resposta ágil e efetiva do Poder Judiciário em relação ao crime cometido.

Portanto, a prescrição é realidade notória no direito penal vigente, com regras bem delineadas definindo o tempo para o Estado-Juiz aplicar a pena ao infrator da lei.

III – DEFINIÇÃO DE PRESCRIÇÃO E SUAS ESPÉCIES

Em seu livro *Dos Delitos e das Penas* Beccaria⁴ já traçava as delimitações teóricas a respeito do assunto dizendo ser necessário impor ao Estado-juiz limite temporal para que o criminoso fosse processado e julgado, não sendo legítimo perpetuar no tempo e espaço o direito de punir do Estado soberano.

3 Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.

4 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição Ridendo Castigo Moraes. Versão para o ebook. 1764. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesa%20Beccaria.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

Já no início do capítulo XIII (Da duração do processo e da prescrição) do opúsculo de Beccaria, o mestre italiano assim se posicionou:

“Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios para justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bastante curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime [...] Cabe exclusivamente à **lei fixar o espaço de tempo que se deve empregar para a investigação das provas de um delito** “.

(grifos e negritos nossos)

Nesse sentido entende-se por prescrição a perda do direito de punir do Estado em razão do lapso temporal transcorrido, conforme a melhor doutrina vem definindo.⁵ A prescrição alcança não somente o direito de punir, mas o de executar a pena imposta pelo juiz na sentença, desde que ocorra entre o trânsito em julgado e a execução, tempo superior ao previsto em lei para a sua aplicação.

Assim a prescrição possui duas vertentes jurídicas: a) prescrição da pretensão punitiva; b) prescrição da pretensão executória, com o dito anteriormente. Porém, faremos breve apanhado sobre os dois institutos do Direito Penal.

Prescrição da pretensão punitiva refere-se à perda do direito de punir antes do trânsito em julgado⁶ da sentença penal condenatória, sendo limitada pelos prazos previstos no art. 125 do Código Penal Militar (CPM), baseando-se sobre a pena máxima abstrata aplicada ao delito.

Por exemplo, no delito de homicídio (art. 205 do CPM, com pena máxima de 20 anos de reclusão) a prescrição ocorrerá em 20 anos, conforme o art. 125, II do CPM que estabelece o prazo prescricional de 20 anos para delitos com pena máxima superior a 12 anos. Portanto, o sistema judiciário terá como parâmetro para processar e julgar o réu o período acima mencionado.

Prescrição da pretensão executória diz respeito à perda do direito de punir, agora após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em que o Estado deixa fluir grande lapso de tempo depois da sentença final, e não executa a pena aplicada. A prescrição nesse caso é regulada não pela pena em abstrato, mas pela **pena aplicada ao réu** (pena em concreto).

5 Guilherme de Souza Nucci define prescrição como “a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo”. Rogério Greco a define como “instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”. Poderíamos citar outros juristas de renome que definem o instituto, porém, a finalidade do presente trabalho não é aprofundar o tema, mas deixar claro ao leitor que a prescrição retira do Estado essa prerrogativa de punir.

6 Trânsito em julgado é um termo jurídico pelo qual a decisão do juiz prolatada em uma sentença é definitiva, ou seja, não caberá recurso ao tribunal superior por já se revestir do instituto da coisa julgada, nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil que assim expressa: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Pegando o exemplo anterior, caso o réu fosse condenado por homicídio a pena de 8 anos (pena concreta aplicada pelo juiz) a prescrição ocorreria em 12 anos nos termos do art. 125, IV, § 1º do CPM, por ser a pena passível de prescrição quando o máximo da pena aplicada fique entre 4 e não exceda a 8 anos de prisão⁷.

Logo percebe-se que ao Estado é determinado certo prazo para a investigação, processamento e julgamento dos infratores, não sendo legítimo e legal a eternização do *jus puniendi*, a exceção dos casos específicos e pontuais previstos na Constituição Federal de 1988.

IV – AS PENAS PREVISTAS NO CPM

A definição para pena, de acordo com NUCCI (2009) “É a sanção imposta pelo Estado, através da Ação Penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Para GRECO (2014) pena “deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”. O autor trabalha com duas teorias para aplicabilidade das penas: a teoria absoluta e a relativa. A primeira advoga que a pena vem da retribuição pelo mal cometido; já a segunda se fima na prevenção por meio da intimidação ao infrator e às pessoas de um modo geral, para que não cometam ou venham a cometer crimes.

As penas são classificadas em principais e acessórias nos termos do art. 55 e 98 do estatuto repressivo militar, assim transcritos:

Art. 55. As penas principais são:

- a) morte;
- b) reclusão;
- c) detenção;
- d) prisão;
- e) impedimento;
- f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função;
- g) reforma.

⁷ O parágrafo primeiro do CPM prevê que após a sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a ser regulada pela pena imposta, e deve ser declarada, sem prejuízo do recurso apresentado, se entre a última data de interrupção da prescrição e a sentença já decorreu tempo limite previsto no art. 125.

Art. 98. São penas acessórias:

I - a perda de posto e patente;

II - a indignidade para o oficialato;

III - a incompatibilidade com o oficialato;

IV - a exclusão das forças armadas;

V - a perda da função pública, ainda que eletiva;

VI - a inabilitação para o exercício de função pública;

VII - a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela;

VIII - a suspensão dos direitos políticos.

Sem estender o assunto, que poderá ser tema de outra discussão, algumas dessas penas acessórias são inaplicáveis tanto no âmbito da Justiça Militar Estadual quanto na Justiça Militar da União por ferir garantias e direitos previstos na própria CFRB/88, que garantem processo específico perante aqueles tribunais em relação à aplicação de certas sanções.

Exemplo disso são as penas previstas no art. 98, incisos I, II, III e IV que dependem de processo específico perante o Tribunal Militar respectivo, conforme preceitua a CRFB/88 em seus artigos 142, § 3º, VI, VII⁸, bem como aos Oficiais das polícias e bombeiros militares dos Estados por força do art. 125, § 4º⁹, os quais somente perderão o posto e a patente por decisão colegiada dos tribunais militares (São Paulo, Minas e Rio Grande do Sul), e nos demais Estados pelo Tribunal de Justiça respectivo.

Entende SARAIVA (2009) que as penas acessórias “possuem natureza extrapenal (administrativa, política, civil etc.), daí porque, na lei penal ordinária, muitas penas acessórias hoje são tratadas como efeitos da condenação (arts. 91 e 92 do CPB)”.

Para o autor que é Procurador da Justiça Militar da União as penas acessórias guardam relação com o bem jurídico ofendido ou com a atividade criminosa, como, exemplo, se um Sargento (que pertence ao círculo das Praças) das Forças Armadas vier a cometer o crime de homicídio e for

8 Art. 142. [...]

§º 3º – Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] **VI** – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, **por decisão de tribunal militar de caráter permanente**, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; **VII** – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

9 Art. 125. [...]

§ 4º – Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo **ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.**

condenado, certamente será aplicada a pena acessória de exclusão das forças armadas conforme art. 98, IV combinado com o art. 102 do CPM, que prevê a exclusão no caso de condenação superior a 2 anos.

Nessa esteira as penas acessórias são o complemento da pena principal, ou seja, somente serão sacramentadas se a sanção jurídica principal for efetivamente aplicada. O raciocínio é simples quando dizemos que o acessório depende do principal. Trata-se então a pena acessória advinda de uma condenação principal sem a qual não existiria por si só.

Há quem diga que a natureza das penas acessórias não é penal e sim extrapenal pelo fato de serem efeitos da condenação e não propriamente pena, conforme modificação inserida no Código Penal Brasileiro (CPB) em 1984, por meio da Lei nº 7.209/84 que alterou os arts. 91 e 92 os quais especificam os efeitos da condenação no âmbito administrativo e civil, como, por exemplo, a perda da função pública e o dever de indenizar a vítima do crime.

Não aprofundaremos nesse debate, mas desde já somos partidários pela natureza das penas acessórias como efeitos da condenação e não propriamente pena.

V – AS PENAS ACESSÓRIAS E A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO

O cerne do presente ensaio é o art. 130 do CPM com a regra da imprescritibilidade das penas acessórias. Como já dito, a CRFB/88 excepciona somente dois casos de delitos imprescritíveis: o racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional. Feita a exceção os demais delitos são atingidos pela prescrição.

Juristas de escol como Célio Lobão, Alexandre Saraiva e Jorge César de Assis são unânimes em afirmar a inconstitucionalidade do presente artigo, sob o prisma do texto da CRFB/88 o qual não requer maior análise. O autor Alexandre Saraiva aduz “Assim, firmamos nosso entendimento no sentido de que a regra da imprescritibilidade executória das penas acessórias não foi recepcionado pela Constituição de 1988” (SARAIVA, 2009, p. 248).

A lógica nos leva à conclusão objetiva de o artigo 130 do CPM não ter sido recepcionado pela nova ordem constitucional, pelo simples fato de não se submeter à regra geral da prescritibilidade dos ilícitos e das penas previstos no texto da CRFB/88.

Portanto, diante de um caso concreto, os promotores atuantes nas auditorias militares deverão atentar para a inconstitucionalidade do presente artigo, bem como os juízes de direito e

auditores que poderão, de ofício, declarar a prescrição nos termos do art. 133 do CPM¹⁰.

O art. 118 do CPB prevê a prescrição das penas acessórias ao trazer em seu texto a seguinte redação: “As penas mais leves prescrevem com as mais graves”. Consectário lógico do sistema punitivo atual, que delimita a ação do Estado para investigar, processar e punir o infrator da lei, não sendo possível estender o processo a qualquer tempo e custo. Ora, as penas acessórias (mais leves) prescrevem com as mais graves (penas principais).

Ademais, o tratado internacionais sobre os direitos civis e políticos¹¹ e o Pacto de São José da Costa Rica¹², dos quais o Brasil é signatário, vedam expressamente a demora em processar e julgar pessoa acusada de crime, conforme artigos a seguir transcritos:

“Artigo 14 - [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

c) **De ser julgado sem dilações indevidas;**

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal:

[...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, **sem demora**, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o **direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O legislador nacional, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, concretizou a razoável duração do processo ao inserir o inciso LXXVIII ao art. 5º (dos Direitos e Garantias Fundamentais) com o seguinte texto:

“Art. 5º. [...]

LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua

10 O presente artigo versa sobre a obrigação de o juiz declarar a prescrição embora não alegada seja pela defesa, ou pelo Ministério Público. Constitui-se num dever de ofício em que o juiz não precisa esperar a manifestação de quem quer que seja, dependendo apenas de seu conhecimento e atenção quanto à causa em julgamento.

11 Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992 promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

12 Decreto nº 678 de 02 de novembro de 1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos adotada pela Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969.

tramitação”.

Por tudo demonstrado, conclui-se de modo indubitável que o art. 130 do CPM possui mácula insanável, padecendo de inconstitucionalidade e, por isso, inaplicável ao caso concreto.

VI – CONCLUSÃO

A prescrição é instituto jurídico de direito material (âmbito penal e não processual) que fulmina o direito de punir do Estado em razão do decurso do tempo, e pela inércia/demora na prestação jurisdicional com a consequente extinção da punibilidade.

A Constituição Federal assenta regra geral sobre a prescrição dos ilícitos e penas previstos nas leis ordinárias, registrando apenas a exceção em relação aos crimes de racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional, tratando-os como imprescritíveis.

O art. 130 do CPM, o qual foi editado na década de 60, e sob os auspícios da Junta Militar instituída à época, está eivado de inconstitucionalidade ao determinar a imprescritibilidade das penas acessórias, as quais, como se percebe, são um complemento das penas principais e com estas devem obedecer à lógica “o acessório segue o principal”.

Portanto, em breve análise, conclui-se pela inconstitucionalidade do presente artigo bem como pela sua inaplicabilidade ao caso concreto apresentado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 5ª edição. Editora Juruá, Curitiba, 2006.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Edição Ridendo Castiger Morais. Versão para o ebook. 1764. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesa%20Beccaria.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940, Vade Mecum 8ª edição. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília. Presidência da República. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 20/08/2014.

BRASIL, Decreto nº 678 de 02 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília. Presidência da República. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20/08/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 8ª edição – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

LOBÃO, Célio. Comentários ao Código Penal Militar. Volume 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARAIVA, Alexandre de Barros Leal. Código Penal Militar – Comentado artigo por artigo. Parte Geral. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.