

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL (UFMS)
CURSO DE DIREITO**

LUIZA VIEIRA SÁ

**O CRIME DE INSUBMISSÃO SOB A ÓTICA
DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

CAMPO GRANDE-MS

2005

LUIZA VIEIRA SÁ

**O CRIME DE INSUBMISSÃO SOB A ÓTICA
DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) como exigência parcial para a obtenção do título Bacharel em Direito, sob a orientação da profa. Nanci Leonzo.

CAMPO GRANDE-MS

2005

A monografia intitulada “O CRIME DE INSUBMISSÃO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA” apresentada por LUIZA VIEIRA SÁ, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito à Banca Examinadora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), obteve conceito....., para aprovação.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Nanci Leonzo (UFMS)

Prof. (UFMS/Instituição Convidada)

Prof. (UFMS/área de monografias)

Campo Grande-MS, de

de 2005.

Dedico à Sônia e ao Singefredo.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Nanci Leonzo.

À Dra. Maria de Lourdes Sanson, Procuradora do Ministério Público Militar.

Ao Ten. Cel. Pires, comandante da Seção de Serviço Militar da 9ª RM.

Ao Dr. Jorge César de Assis, Promotor de Justiça Militar.

À Dra. Elida Seguin.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a norma penal e processual penal em vigor é demasiadamente rigorosa para com o insubmisso. Para atingir tal desiderato, foi necessário conhecer o Direito Penal Militar, enquanto ramo especial e autônomo do Direito Penal, bem como conhecer as origens do Serviço Militar Obrigatório no Brasil, o tipo penal do crime de insubmissão e o rito especial legalmente estabelecido para o julgamento do insubmisso perante a Justiça Militar, concluindo-se pelo rigor injustificável da norma. Por fim, propondo soluções para o problema apresentado.

Palavras-chave: Forças armadas. Direito penal militar. Crime militar. Serviço militar obrigatório. Insubmissão.

SUMÁRIO

1INTRODUÇÃO.....	9
2FORÇAS ARMADAS E DIREITO PENAL MILITAR.....	11
2.1AS FORÇAS ARMADAS NO BRASIL.....	12
2.2DIREITO PENAL MILITAR.....	15
2.2.1Direito Penal Militar no Brasil.....	16
2.2.2Conceito e objeto do Direito Penal Militar.....	18
2.2.3Autonomia e especialidade do Direito Penal Militar.....	19
3CRIME MILITAR.....	24
3.1CRIMES PRÓPRIA E IMPROPRIAMENTE MILITARES.....	33
3.2A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DOS ESTADOS	38
4SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO.....	42
4.1SERVIÇO MILITAR NO BRASIL.....	44
4.1.1A origem do serviço militar obrigatório.....	45
4.2SERVIÇO MILITAR INICIAL.....	49
4.2.1Convocação e alistamento.....	52
4.2.2Seleção.....	54
4.2.3Designação e incorporação.....	54
5O CRIME DE INSUBMISSÃO.....	57
5.1O TIPO PENAL.....	57
5.2O PROCESSO E JULGAMENTO DO INSUBMISSO.....	62
5.3CRIME PRÓPRIA OU IMPROPRIAMENTE MILITAR?.....	65
5.4A NECESSIDADE DE REFORMA.....	69
5.4.1A prisão do insubmisso.....	69
5.4.2A prescrição do crime.....	72
6CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	79
ANEXOS.....	81

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é demonstrar que o tratamento dado pela legislação em vigor ao insubmisso é demasiadamente rigoroso. Para tal, faz-se necessário conhecer o Direito Penal Militar, enquanto ramo especial e autônomo do Direito Penal, bem como conhecer as origens do Serviço Militar Obrigatório no Brasil, já que o crime de insubmissão está diretamente ligado ao serviço militar. Através da análise da legislação penal militar e processual penal militar em vigor, é possível apontar as incongruências destas normas, propondo-se, por fim, mudanças salutares e necessárias.

Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria, denominados militares. A esta seleta categoria de servidores, a Constituição Federal atribuiu a especial missão de zelar pela defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais.

A sociedade militar é peculiar, possui *modus vivendi* próprio, calcado, sobretudo, na hierarquia e na disciplina. Todavia submete-se aos Princípios Gerais do Direito, amoldando-se ao Ordenamento Jurídico Nacional (Assis, 2005).

O Direito Penal Militar é a ciência jurídica que tutela os interesses do Estado e das Instituições Militares. É um ramo especial do Direito, não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, mas também em razão da natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a ordem jurídica militar.

A seara do Direito Penal Militar é um tanto complexa, pois situa-se em uma área híbrida, na qual normas jurídicas regulam relações militares. E embora o Direito Penal Militar seja uma ciência jurídica, não se pode olvidar que a vida na caserna é sustentada por princípios próprios. O grande desafio da Justiça Militar é justamente conseguir equilibrar os valores jurídicos e os militares, de modo a não permitir que a balança penda mais para um dos lados.

Nos três primeiros capítulos são feitos esclarecimentos acerca de assuntos que estão relacionados ao tema, como Forças Armadas, Direito Penal Militar e Serviço Militar. O tema propriamente dito é abordado no quarto e último capítulo.

No primeiro capítulo, discorre-se sobre as Forças Armadas e Direito Penal Militar. Expõe-se acerca do conceito e função das Forças Armadas, notadamente sob a ótica da Constituição Federal em vigor. Aborda-se a origem do Direito Penal Militar no Brasil, conceituando-o e analisando seu objeto, enquanto ciência jurídica, bem como sua autonomia e especialidade.

No segundo capítulo, expõe-se sobre crime militar. O conceito é buscado na legislação e na doutrina. Faz-se também uma análise dos crimes própria e impropriamente militares, criação da doutrina que foi abraçada pela legislação vigente e que gera conseqüências distintas no plano do Direito Penal comum. Aborda-se também a existência da Justiça Militar da União e a dos Estados, mencionando a atribuição de competência de cada uma para julgar os crimes militares e, por fim, discorre-se acerca da sujeição do civil à Justiça Militar.

No terceiro capítulo narra-se sobre o serviço militar obrigatório, notadamente no Brasil. Após expor o contexto histórico em que se deu a implementação do serviço militar obrigatório no Brasil, fala-se o serviço militar inicial, modalidade de serviço militar, consoante a legislação vigente, passando por todas as etapas que o compreendem, desde a convocação para o alistamento até a incorporação para efetiva prestação do serviço militar.

Por fim, no quarto capítulo, discorre-se acerca do crime de insubmissão. Primeiramente analisa-se o tipo penal, em toda sua extensão, e em seguida o processo e julgamento do insubmisso perante a Justiça Militar da União. Duas incongruências da norma penal e processual penal militar são destacadas: a prisão do insubmisso e a prescrição do crime, que é diferente dos demais delitos militares.

2 FORÇAS ARMADAS E DIREITO PENAL MILITAR

As Forças Armadas constituem o complexo das unidades e serviços militares do Estado (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000). Sua função precípua é a defesa da soberania do Estado, em toda sua dimensão – terra, mar e ar. São tradicionalmente compostas pelo Exército, pela Marinha e pela Aeronáutica.

O Exército é a força militar típica da terra, preparada e equipada para desenvolver operações de defesa no território nacional e de ofensiva no território inimigo. Já a Marinha atende à defesa das águas territoriais, das infra-estruturas portuárias e receptivas e, em tempo de guerra, à proteção das comunicações marítimas e dos comboios comerciais. Cuida do ataque a unidades navais adversárias e da destruição da infra-estrutura portuária do inimigo. Em colaboração com o Exército, assegura o transporte marítimo de tropas de terra e, com a Aeronáutica, o emprego de porta-aviões. Por fim, a Aeronáutica cuida do espaço aéreo do Estado. Provê ao apoio tático das tropas de terra, dos comboios marítimos, e também realiza operações autônomas de destruição, por meio de bombardeamento de unidades ou infra-estruturas militares inimigas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000).

Essa tradicional distinção do lugar físico de uso peculiar das três armas, quais sejam, terra, água e mar, tende a desaparecer com o tempo, de modo a se consolidar, cada vez mais, o uso de um sistema defensivo-ofensivo integrado, orientado e organizado por um único comando central (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000).

Do ponto de vista técnico-militar, as Forças Armadas são internamente organizadas com vistas à sua preparação para as tarefas que institucionalmente lhes são confiadas.

Costa (1978) assevera que a organização de uma Força Armada pressupõe laços especiais de hierarquia e subordinação entre todos os seus membros. A subordinação, por sua vez, traz a necessidade de uma disciplina especial, nitidamente diferenciada da que se exige na vida civil. Aduz que a eficácia da força combativa só é possível se todas as vontades individuais, que integram seu efetivo, se unificarem rigidamente sob a vontade suprema de

quem as comanda. Por isso, na esfera militar, é a disciplina e não a liberdade a nota suprema, predominante e indispensável.

Nesse diapasão, surge a necessidade de normas especiais que tutelem a hierarquia e a disciplina, bem como os interesses das instituições militares, que são nitidamente distintos do da sociedade civil.

Nas palavras de Costa (1978, p. 23), “O direito penal militar protege a atividade militar, como o direito comercial regula objetivamente os atos de comércio”. E continua o autor,

[...] o Direito Penal Militar, na escolha de limitações da liberdade individual, é o mais rigoroso, porquanto restringe-se sempre o círculo de liberdade, em razão da ascendente relevância social dos bens jurídicos, envolvido em conteúdo especial e categórico, que diferencia os bens e interesses jurídicos-militares cuja proteção se realiza através de um ordenamento próprio (COSTA, 1978, p. 25).

2.1 AS FORÇAS ARMADAS NO BRASIL

As Forças Armadas Brasileiras, consoante o disposto no artigo 142 da Constituição Federal, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.¹

No Império, eram compostas apenas pelas forças de mar e de terra, que constituíam, respectivamente, a Armada e o Exército. Foi no século XX, com o aparecimento da aviação, e seu emprego como arma de guerra, que surgiu a Aeronáutica.

Na Constituição Federal de 1988, as Forças Armadas são tratadas em capítulo próprio (Capítulo II), inseridas no Título V, nominado *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, transcrito *in verbis*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à

¹ As Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados são forças auxiliares e reserva do Exército, responsáveis pela segurança pública, que compreende a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Às Polícias Militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública e aos Corpos de Bombeiros Militares incumbe a execução de atividades de defesa civil, além das atribuições definidas em lei. Subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Através do dispositivo constitucional supracitado, observa-se que as Forças Armadas constituem elemento fundamental da organização coercitiva a serviço da paz social e do Direito. Nesse diapasão, as Forças Armadas são os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. É em função de seu poderio que se afirmam o prestígio do Estado e a sua própria soberania nos momentos críticos da vida internacional (FAGUNDES apud SILVA, 2004).

Silva (2004, p. 751-752) assevera que, dado o relevo de sua missão, as constituições brasileiras sempre reservaram às Forças Armadas uma posição especial.

A do Império destacou-lhes um capítulo com seis artigos, em que se lhes traçam as linhas mestras (arts. 145 a 150). A primeira constituição republicana não lhes abriu capítulo especial, mas delas cuida em vários dispositivos esparços, reconhecendo-lhes a mesma destinação e relevo (arts. 14, 34, ns. 17 e 18, 48, ns. 3, 4 e 5, e arts. 73, 74, 76, 77 e 78). A Constituição de 1934 volta a destinar-lhes título específico denominado Da Segurança Nacional (Tít. VI) e a de 1937 desdobra a matéria em dois capítulos: um sobre os Militares da Terra e Mar (art. 160) e outro sobre a segurança nacional, técnica que tornou a ser adotada pelo constituinte de 1967 e 1969, que, em seções diferentes, cuidaram da segurança nacional e das Forças Armadas (respectivamente, arts. 89 a 91 e 92 a 94, e 86 a 89 e 90 a 93), enquanto a Constituição de 1946 incluíra num só título as Forças Armadas e o Conselho de Segurança Nacional (Tít. VII, arts. 176 a 183) (FAGUNDES apud SILVA, 2004, p. 751-752).

Consoante o disposto no artigo 142 da Constituição Federal vigente, a missão essencial das Forças Armadas é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais. Por defesa da pátria entende-se a defesa contra agressões estrangeiras em caso de guerra externa; por garantia dos poderes constitucionais entende-se a defesa das instituições democráticas, tendo em vista que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal).

Subsidiária e eventualmente, incumbe também às Forças Armadas a defesa da lei e da ordem, haja vista ser essa função precípua e competência primária das forças de segurança pública, quais sejam, a polícia federal, bem como as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal. Além disso, sua interferência na defesa da lei e da ordem depende de convocação dos legítimos representantes de qualquer dos poderes federais, vale dizer: o Presidente da República, o Presidente da mesa do Congresso Nacional, ou Presidente do

Supremo Tribunal Federal.

Silva (2004, p. 752) leciona que

a atuação das Forças Armadas convocada por Juiz de Direito ou por Juiz Federal, ou mesmo por algum ministro do Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional e arbitrária, porque estas autoridades, por mais importantes que sejam, não representam qualquer dos poderes constitucionais federais.

Isto porque juízes, ministros, deputados e senadores são simples membros dos poderes judiciário, executivo e legislativo, respectivamente, e não os representam.

O texto constitucional concebe as Forças Armadas como instituições nacionais, reconhecendo, assim, sua importância e relativa autonomia jurídica, decorrente de seu caráter institucional. Ademais, ao declará-las permanentes e regulares, vincula-as à própria vida do Estado, atribuindo-lhes a manutenção deste. Isto vale dizer que as Forças Armadas não poderão ser dissolvidas, salvo por decisão de uma Assembléia Nacional Constituinte. Outrossim, sendo regulares, deverão contar com efetivos suficientes ao seu normal funcionamento, por via do recrutamento constante, qual seja, o serviço militar (obrigatório ou voluntário), nos termos da lei.

Por fim, as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República (art. 84, XIII, Constituição Federal).

Hierarquia é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior para superior. Disciplina, por sua vez, é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Significa, pois, o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores (FAGUNDES apud SILVA, 2004).

Fagundes (apud SILVA, 2004, p. 53) assevera que hierarquia e disciplina não se confundem, “[...] mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico”. Continua o autor dizendo, “[...] onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica”. E é justamente essa relação que fundamenta a

aplicação de penalidades imunes ao *habeas corpus* (art. 142, § 2º, Constituição Federal), quais sejam, as punições disciplinares militares.

2.2 DIREITO PENAL MILITAR

As instituições militares, elaboradas ao impulso de permanentes necessidades de defesa, acompanham o homem desde a formação das primeiras sociedades. Há relatos de que o direito penal militar remonta ao período antes de Cristo. Documentos históricos evidenciam que os povos da antiguidade, especialmente na Índia, Atenas, Cartago, Macedônia e Pérsia, davam tratamento diferenciados a certos delitos militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares, especialmente em tempos de guerra. Mas foi em Roma que o Direito Penal Militar adquiriu vida própria, tomando forma de instituição jurídica (LOUREIRO NETO, 1995).

As origens históricas do Direito Penal Militar, e do Direito como um todo, são principalmente as que nos oferecem os romanos. Isto porque sua política foi subjugar os povos pela força das armas e depois consolidar a conquista, através da imposição de suas leis e instituições. E assim os romanos constituíram um vasto império, conhecido e estudado na história de todos os países europeus e de colonização européia.

Loureiro Neto (1995) assevera que os romanos serviram de guias aos povos modernos em duas direções supremas, quais sejam, na legislação e na arte militar. Desenvolveram uma complexa “máquina estatal”, responsável por grandes contribuições no setor administrativo, militar, legislativo e jurídico, sendo possível, até nos dias atuais, constatar a aplicação de institutos romanos nas sociedades modernas.

Os gregos, embora também conhecessem delitos militares, não possuíam noção exata dos mesmos, na medida em que todo cidadão era considerado soldado da pátria. Não havia, por exemplo, uma justiça militar organizada e separada da justiça comum (LOUREIRO NETO, 1995).

Dando um salto na História até o advento da Revolução Francesa, foi nesse período que foram estabelecidos os princípios da jurisdição militar moderna, na medida em que as relações de poder militar e poder civil foram desvinculadas. Portanto, pode-se dizer que o Direito Militar francês aperfeiçoou o romano, contribuindo de forma decisiva para as

instituições militares contemporâneas.

2.2.1 Direito Penal Militar no Brasil

A primeira legislação militar adotada no Brasil foram os Artigos de Guerra do Conde de Lippe (ANEXO A), um regulamento português editado em 1763, que ganhou força de lei para a disciplina da Armada Real através de um Alvará, de 6 de abril de 1800, e vigorou juntamente com legislação esparsa em grande número: provisões, decretos, leis, regulamentos, avisos e outros.

As disposições contidas nos Artigos de Guerra constituíram a mais importante das leis penais do exército luso e, *ipso facto*, brasileiro. Era composto por 29 tipos penais e o seu principal objetivo era assegurar a disciplina da tropa nas lutas armadas, enfrentadas à época por Brasil e Portugal. As punições caracterizavam-se por sua crueldade. Muitos dos crimes, por exemplo, eram punidos com pena de morte. Havia também os castigos físicos, levados a efeito com bastonadas.

Atualmente, essa obra é objeto de curiosidade dos estudiosos da doutrina penal castrense, especialmente em razão de suas severas punições, que se afastam diametralmente dos postulados hoje aceitos e acolhidos pela escola humanitária do Direito Penal Moderno, que pregam que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. Nos dizeres de Capez (2005, p. 22):

[...] o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campo do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).

Em 1º de abril de 1808, com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça (atual Superior Tribunal Militar), que além das atribuições judiciárias, tinha a responsabilidade de ser consultado quando se achasse

conveniente, para melhor economia e disciplina do Exército. A legislação, contudo, era abundante, confusa e os tipos penais não eram claros.

Segundo a legislação vigente no período colonial, a jurisdição militar constituía-se em privilégio da classe dos militares, posteriormente abolido pela Constituição Federal de 1824, que a converteu em jurisdição especial.

Com o advento da República, foi editado o Decreto n. 18, de 7 de março de 1891, conhecido como Código Penal da Armada, estendido ao Exército pela Lei n. 612, de 29 de setembro de 1899. Esta lei deu legitimidade ao diploma repressivo castrense.

O Código Penal da Armada vigorou até 1944, quando foi editado o Código Penal Militar (Decreto-lei n. 6227, de 24 de janeiro de 1944). As penas nele estabelecidas foram as mesmas do Código Penal de 1940, acrescidas, claro, de outras necessárias e compatíveis com a função militar, como a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função.² A pena de morte foi cominada exclusivamente para o tempo de guerra, conforme o disposto no artigo 122, alínea 13, da Constituição Federal de 1937.

Por fim, o atual Código Penal Militar foi editado pelo Decreto-lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969. Este manteve basicamente as mesmas penas estabelecidas no código anterior, acrescentou apenas uma nova modalidade de pena privativa de liberdade, denominada impedimento, cominada exclusivamente ao crime de insubmissão (art. 55, alínea e, do Código Penal Militar e exposição de motivos n. 8)³, assunto que será detalhadamente abordado no 4º capítulo do presente trabalho.

O crime militar alcançou nível constitucional com a Constituição Federal Republicana de 1891 (art. 77). Seguiram-se a de 1934 (art. 84), a de 1937 (art. 111), a de 1946 (art. 108), a de 1967, emendada em 1969 (art. 129) e, finalmente, a Carta Magna atual, de 5 de outubro de 1988 (art. 124) (LOBÃO, 2004).

Importante ressaltar que a instituição militar acompanhou a vinda da família real para

² A pena de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função consiste na agregação, no afastamento, no licenciamento ou na disponibilidade do condenado, pelo tempo fixado na sentença, sem prejuízo do seu comparecimento regular à sede do serviço. O cumprimento da pena não enseja cômputo de tempo de serviço para qualquer efeito, como promoção e aposentadoria, por exemplo. Está prevista no art. 55, alínea f, e art. 64 do atual Código Penal Militar.

³ Art. 55 do Código Penal Militar: “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”.

o Brasil, representada pela organização de corpo militar uniformizado e voltado para a defesa da família real e, mais adiante, das instituições criadas na ex-colônia. Devido às suas particularidades, assim como ocorria em Portugal, os militares passaram a ser regidos por regulamentos próprios, aplicados por aqueles que integram a carreira das armas, assentando-se, desde os primórdios, em dois princípios fundamentais, quais sejam, a hierarquia e disciplina.

2.2.2 Conceito e objeto do Direito Penal Militar

Manzini (apud ROMEIRO, 1994) conceitua Direito Penal Militar como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins das instituições militares, cujo objetivo precípua é a defesa da Pátria.

Neste sentido, preceitua Muñoz (apud ROMEIRO, 1994) que o Direito Penal Militar constitui uma ordem jurídica militar dentro do âmbito da ordem jurídica geral do Estado.

Para Romeiro (1994), o Direito Penal Militar é a parte do Direito Penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade. O estudo ordenado e sistemático dessas normas, jurídicas e positivadas, constitui a ciência do Direito Penal Militar.

O objeto desta ciência, como Direito que é, consiste na proteção de bens ou interesses juridicamente relevantes. A valoração desses bens e interesses, de modo a estabelecer quais que merecem maior proteção, a fim de serem tutelados pelo direito penal, que comina sanções às condutas que os ofendam, varia conforme a ordem instituída e, porque não dizer também, os costumes e valores da própria sociedade.

Assim, o conceito de bem jurídico varia no tempo, conforme a evolução histórica da sociedade e, no caso do Direito Penal Militar, das Forças Armadas do país, e no espaço, pois cada país, enquanto Estado soberano, possui seu próprio exército, bem como legislação própria que o regule.

E mais, o conceito de bem jurídico varia, ainda, em razão da especialidade da matéria. Explica-se: como ordem jurídica que é, o Direito Penal Militar possui institutos comuns ao

Direito como um todo e ao Direito Penal “comum”. Quando se trata, portanto, de um ramo específico que se destaca por ter características próprias, como é o caso do Direito Penal Militar, faz-se necessário diferenciar os termos comuns para dimensioná-los dentro desta nova perspectiva. Assim, o conceito de traição, por exemplo, não possui a mesma valoração no mundo civil e no militar; a embriaguez no Código Penal Militar constitui um tipo penal e no Código Penal pode agravar a pena ou excluir a culpabilidade do réu, dependendo do caso, mas não constitui crime autônomo.

O ordenamento jurídico militar acompanha os exércitos. Portanto, a lei penal militar visa tutelar exclusivamente os interesses do Estado (enquanto organização soberana) e das instituições militares. Nesse mister ela mira diretamente a incriminação de ofensas a especiais deveres, e tem em consideração a qualidade da pessoa enquanto ela se torna culpada da violação de tais deveres.

2.2.3 Autonomia e especialidade do Direito Penal Militar

Conforme assevera Loureiro Neto (1995), a questão acerca da autonomia do Direito Penal Militar é um tanto controversa. Para Manzini (apud ROMEIRO, 1994) e Bandeira (1915), ele representa apenas uma especialização do Direito Penal comum, pois os princípios básicos deste último são também válidos para aquele. Nesse sentido, o Loureiro Neto (1995) diz estar certo Napoleão ao afirmar que a lei militar é a lei comum com gorro de quartel.

Apenas a título de informação, a Suécia, Rússia, Hungria, Checoslováquia e Iugoslávia adotam esse critério, na medida em que os delitos militares são tipificados no próprio Código Penal comum.

Os juristas que defendem a autonomia do Direito Penal Militar sustentam-se nos ensinamentos de Lecci (apud LOUREIRO NETO, 1995), argumentando a existência, no Código Penal Militar, de várias figuras jurídicas de infrações que se encontram somente nas Classes Armadas; a necessidade de se criar para tais crimes especiais, penas igualmente especiais; e a necessidade de se fazer corresponder aos crimes previstos e punidos no Código Penal comum, mas praticados por militares, disposições que punam com mais severidade, o dano imediato e político em que trabalha a sociedade. Nesse diapasão, a especialidade da lei penal militar estaria na especialidade do crime, na especialidade da pena e na especialidade

das formas de direito judiciário.

Já os defensores da autonomia do Direito Penal Militar argumentam, dentre outras razões, que ele contempla fatos que não são contemplados pela lei penal comum.

Para Assis (2003b), o Direito Penal Militar é um direito especial, com características próprias, que se destina, igualmente, à tutela indispensável dos altos valores que compõem as Instituições Militares.

Costa (1978), também defensor da autonomia do Direito Penal Militar, afirma que sua especialidade, sua substantividade, consequência, e autonomia fundamentam-se cientificamente na comprovada existência de uma categoria de bens e interesses específicos, cuja valoração ou periclitación determina o ilícito penal militar ao que corresponde o tipo especial de pena. Aduz, ainda, o autor que o Direito Penal Militar é autônomo, no sentido de justificar sua existência, em razão da considerável extensão e nítida fisionomia própria de sua área de atuação. Assim, não é uma exceção, mas uma especialização do Direito Penal Comum.

Nos dizeres de Hungira (apud COSTA, 1978), o Código Penal Militar é o Código Penal comum uniformizado.

Entende-se que o Direito Penal Militar é autônomo, na medida em que possui regras e princípios que lhe são próprios e o distinguem dos demais ramos do Direito, inclusive do Direito Penal “comum”. Por outro lado, como Direito Penal que é, não se pode negar a aplicabilidade das regras e princípios gerais que norteiam o direito penal “comum”. Aquele complementa este, apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias. Oportuno, portanto, diferenciar o Direito Penal “comum” do Direito Penal Militar, que é especial.

A doutrina divide o Direito Penal em comum e especial e assenta-se no sentido de que o Direito Penal Militar é especial. O critério para essa distinção, contudo, não é pacífico.

Para Marques (apud LOUREIRO NETO, 1995, p. 4-5), dentro do sistema político brasileiro, o direito comum e o direito especial são categorias que se diferenciam em razão do órgão jurisdicional ao qual incumbe aplicá-los. Conclui que:

[...] se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais,

constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial, se a sua aplicação não demanda jurisdição própria, mas se realiza através da justiça comum, sua qualificação será a de norma comum. Atendendo a este critério, teremos um Direito Penal comum e um Direito Penal Militar.

Segundo esta doutrina, seguida também por Damásio Evangelista de Jesus, esse seria o melhor critério para diferenciar o direito comum do especial, pelo menos em se tratando de Direito Penal (LOBÃO, 2004).

Já para Lobão (2004), classificar o Direito Penal especial em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo caracteriza evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial. Direito Penal e Direito Processual Penal possuem objetos próprios. O primeiro conceitua e estrutura juridicamente o crime, através do tipo penal, estabelecendo também a sanção que a prática do ato delituoso enseja. O segundo, por sua vez, regula o exercício da jurisdição, tendo por objetivo a solução da lide no caso concreto. Conclui Lobão (2004, p. 38-39): “[...] crime, sanção penal e a respectiva ligação, eis o objeto do Direito Penal; jurisdição, processo e resolução da lide penal, eis o objeto do Direito Processual Penal”.

Lobão (2004) fundamenta a inconsistência do critério do órgão jurisdicional aplicador da norma como caracterizador da especialidade da norma no Direito Penal francês, que extinguiu a Justiça Militar, preservando-a somente junto às tropas francesas acantonadas em países estrangeiros. O crime militar cometido por militar francês no exterior é julgado pelo órgão da justiça militar que funciona junto à unidade onde serve o autor do delito. Contudo, se o crime for praticado em território francês, o infrator militar fica sujeito à jurisdição comum francesa. Nesses termos, a mesma infração, prevista no Código de Justiça Militar francês é especial ou comum, dependendo de onde for cometido o delito (na França ou no exterior).

O autor demonstra, assim, a fragilidade do critério adotado por Frederico Marques e abraçado por Damásio Evangelista de Jesus. Para Lobão (2004, p. 41), melhor é o ensinamento de Bandeira:

Crime comum ou direito comum é o que consiste na violação dos deveres gerais impostos pela lei penal a todos os indivíduos indistintamente. Crime especial é o que resulta da infração de certos deveres impostos pela referida lei a determinadas pessoas em virtude de uma situação, de um cargo ou de uma profissão; deveres que assim existem para uns e não para outros.

Nesse sentido posiciona-se também Romeiro (1994), para quem o Direito Penal Militar é um direito penal especial em razão de suas normas que, em maioria, aplicam-se exclusivamente aos militares, diversamente das normas estabelecidas no Código Penal comum, que são destinadas a todos os cidadãos.

Fragoso (2004, p. 7) leciona que

[...] direito penal comum é o que se aplica a todos os súditos indistintamente. Especial é o que se aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação especial em que se acham. Conclui o autor que perante nossa legislação, é Direito Penal especial o Direito Penal Militar.

Entende-se mais coerente a doutrina supramencionada, abarcada por Lobão (2004), Romeiro (1994) e Fragoso (2004). No entanto, independente do critério que se adote para distinguir o direito comum do especial, pacífica é a especialidade do Direito Penal Militar. E essa especialidade tem razão de ser. Conforme já mencionado, a lei penal militar visa tutelar exclusivamente os interesses do Estado e das instituições militares. Portanto, os cidadãos que nelas incorporam, passam a fazer parte de um grupo seletivo de pessoas que possuem especiais deveres para com o Estado, sendo indispensável à sua defesa armada, à sua soberania e à própria existência dessas instituições.

No Brasil, o caráter especial do Direito Penal Militar também advém da Constituição Federal, em seu capítulo III, que trata do Poder Judiciário, prevê a existência da Justiça Militar (art. 122), cuja competência é delineada nos artigos 124 (Justiça Militar Federal) e 125, §4º (Justiça Militar Estadual)⁴.

Oportuno frisar que, no Brasil, os órgãos especiais, constitucionalmente previstos, são responsáveis por aplicar a norma penal militar. Mas, consoante ensinamento de Lobão (2004), essa circunstância, por si só, não tem o condão de especializar a norma. Esse mesmo órgão especial aplica norma penal comum, quando, por exemplo, julga um homicídio de militar contra militar ou de civil contra militar em local sob administração militar.⁵ Nesses casos, bem como em outros tantos, a norma penal é comum, apenas a ocorrência de determinadas circunstâncias, como sujeito ativo e passivo militares, local do crime e bem jurídico ofendido, subtraem sua aplicação da Justiça comum, inserindo-a na Justiça Militar. Mas não se pode

⁴ Justiça Militar da União e dos Estados é matéria abordada no 3º capítulo do presente trabalho.

⁵ Critérios delineadores da competência da Justiça Militar, previstos no artigo 9º do Código Penal Militar, que serão comentados no 3º capítulo deste trabalho.

falar que a norma transfigurou-se de comum para especial.

Portanto, o Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, mas também em razão da natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, os interesses do Estado e das instituições militares. E é justamente em razão do objeto da tutela penal que a lei penal militar, excepcionalmente, aplica-se ao civil, foco deste trabalho.

3 CRIME MILITAR

A definição de crime militar sempre foi uma tarefa difícil para os doutrinadores. Originalmente, os critérios para a classificação do crime militar eram dois, *ratione personae* e *ratione materiae*. O primeiro filiava-se ao Direito romano e o segundo ao Direito germânico. Mais tarde, foram acrescentados os critérios *ratione loci* e *ratione temporis*, como aqueles praticados em lugar sujeito à administração militar (navios e quartéis) (LOUREIRO NETO, 1995), e também os praticados em situações especiais de tempo, como os de guerra e em estado de sítio.⁶

O Código Penal Militar da Armada (1891), cuja aplicação foi estendida ao Exército em 1899, utilizava o critério *ratione materiae*, definindo crime militar, em seu artigo 5º, como sendo “toda ação ou omissão contrária ao dever marítimo e militar, prevista por este código, e será punido com as penas nele estabelecidas”.

A definição simplista do crime militar, como sendo “crime que só por militar pode ser praticado”, depois de Bandeira (apud LOUREIRO NETO, 1995), que admitiu a concepção dos crimes própria e impropriamente militares (mais adiante abordados), tornou-se letra morta. A definição de crime militar passou a ser “todo aquele que a lei assim o reconhece”. Surgiu, portanto, o critério *ratione legis*, estabelecido pelos legisladores, a fim de melhor precisar, em leis, o crime militar.

Ademais, a diversidade de conceituação adotada pela legislação dos diversos países e a excessiva ampliação dos delitos castrenses, militarizando determinadas infrações penais comuns e incluindo o civil ao lado do militar, como sujeito ativo de crimes militares específicos, obrigou os doutrinadores a estabelecerem, através dos tempos, critérios classificatórios do crime militar a fim de extremá-lo do delito comum.

Tal qual na Alemanha e Itália, o ordenamento pátrio adotou o critério *ratione legis*, ou

⁶ O estado de sítio pode ser decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

seja, crime militar é o que a lei diz ser, através de critérios por ela delineados. Essa é a exegese que se extrai do artigo 124 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

O Código Penal Militar vigente, por sua vez, também não definiu crime militar, mas apenas enumerou taxativamente as diversas situações que o definem, trazendo em seus artigos 9º e 10º, respectivamente, os critérios que caracterizam o crime militar em tempo de paz e em tempo de guerra.

Esse foi também o critério seguido pela legislação anterior, qual seja, o Código Penal Militar de 1944, que enumerava em seu artigo 6º as inúmeras situações que definiam o crime militar. Esse artigo foi reproduzido pela legislação atual, com exceção das alíneas b a d do inciso III, por ela acrescentadas.

Importante ressaltar que, embora a legislação vigente tenha se filiado ao critério *ratione legis*, não dispensou outros critérios que, subordinados e este, constituem elementos de caracterização do tipo penal militar. Exemplos são os crimes impropriamente militares, ou seja, aqueles com definição idêntica no Código Penal Militar e no comum⁷. Para que o furto, por exemplo, seja considerado crime militar, além do critério *ratione legis*, considera-se também os critérios *ratione personae* (cometido por militar contra militar) e *ratione loci* (cometido em lugar sob a administração militar).

Para Costa (1978, p. 136), consoante o disposto nos artigos 9º e 10º do Código Penal Militar, crime militar é a violação da lei penal militar e “[...] pode ser qualificado, em relação ao crime comum, como um crime próprio, em virtude da particularidade que assume a posição do sujeito ativo”. E conclui o autor que

[...] nem sempre o crime militar exige que o sujeito ativo seja militar, o que não é suficiente para atribuir-se a classificação de crime militar, há que o tipo proteger a ação lesiva, num interesse militar tutelado por uma lei penal militar. (p. 139)

Por fim, preceitua Lobão (2004, p. 50):

Em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições

⁷ A classificação do crime em propriamente e impropriamente militar é mais adiante comentada.

legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

Lobão (2004, p. 58) preceitua ainda que:

Em conformidade com o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, crime militar é aquele definido em lei, portanto o previsto no Código Penal Militar, com atendimento aos requisitos expressos nesse mesmo diploma penal, compreendendo os crimes propriamente e os impropriamente militares. Estes últimos, em sua grande maioria, delitos comuns que o legislador classifica como militar em razão do bem ou interesse juridicamente protegido. Conseqüentemente, inexistindo previsão na lei penal repressiva castrense ou desatendido os requisitos classificatórios, a infração penal não se militariza. Por exemplo, o abuso de autoridade, mesmo cometido por militar no exercício de função do cargo militar, é crime comum, por falta de previsão no diploma penal castrense.

Em razão do critério *ratione legis* adotado pelo legislador pátrio e, considerando que o Código Penal Militar, não conceitua o que seja crime militar, mas tão somente elenca critérios que o define, os estudiosos do direito castrense divergem acerca do conceito doutrinário de crime militar.

Para Loureiro Neto (1995, p. 31), ainda subsiste a afirmação de Bandeira (1915) de que “[...] não existe um critério científico unanimemente indicado e aceito para a classificação de crime militar”.

A jurisprudência pátria, por sua vez, limita-se a comentar os critérios estabelecidos pelo artigo 9º do Código Penal Militar, decidindo se o crime no caso concreto amolda-se a esses critérios, não arriscando julgados que contenham conceitos doutrinários.

Oportuno, pois, tecer alguns comentários acerca do artigo 9º do Código Penal Militar e seus incisos, a fim de que melhor se entendam esses critérios que definem o delito militar em tempo de paz, que é o que interessa para o presente trabalho.

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

A primeira parte do inciso I trata dos crimes doutrinariamente chamados de

impropriamente militares.⁸ São delitos definidos de modo diverso no Código Penal Militar e no Código Penal, ou seja, delitos cuja descrição típica não é idêntica nos dois diplomas repressivos. Já a segunda parte do mencionado inciso compreende os crimes propriamente militares e também os impropriamente militares sem definição na lei penal comum.

Importante ressaltar que a expressão qualquer que seja o agente enseja o entendimento de que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o militar (em serviço ou não) quanto o civil. Exemplo deste último é o crime de ingresso clandestino, capitulado no artigo 302 do Código Penal Militar.

Os incisos II e III do artigo 9º do Código Penal Militar, que mais abaixo se transcreve, tratam dos crimes com igual definição no Código Penal comum e no militar. Para Lobão (2004) são todos eles impropriamente militares. Aduz, ainda, o autor que essa classe de delitos militares sofreu, no atual diploma repressivo castrense, ampliação absurda e inconstitucional, militarizando delitos que nada tem a ver com a vida na caserna, nem tampouco com a Instituição Militar. Conclui Lobão (2004, p. 112) que,

Os incisos II e III tratam dos crimes definidos no Código Penal que foram recepcionados pelo Código Penal Militar, transmudados em crimes impropriamente militares, mediante a incidência de circunstâncias específicas, expressas nas alíneas dos incisos II e III, embora algumas dessas circunstâncias venham repetidas na descrição típica de alguns delitos. No entanto, todas elas dizem respeito à condição do agente e do ofendido, ao local do crime, ao bem material ou imaterial lesionados.

Inicialmente, importante notar que o conceito de militar, para fins de aplicação da norma repressiva penal, está expresso no próprio Código Penal Militar, que em seu artigo 22 dispõe:

Art. 22. É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas para nelas servir em posto, graduação, ou sujeito à disciplina militar.

Lobão (2004) bem lembra que este dispositivo é incompleto, na medida em que exclui os militares dos Estados, quais sejam, os policiais e bombeiros militares. Complementa o Lobão (2004, p. 96-97):

⁸ A diferenciação entre crimes própria e impropriamente militares é assunto abordado no próximo tópico.

[...] como militar, entende-se quem se encontra incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, mesmo afastado temporariamente do serviço ativo, por licença para tratamento de saúde, licença especial, férias, licença para tratar de interesse particular, etc. Enfim, o que interessa é o vínculo à instituição militar que desaparece com a exclusão do serviço ativo, por transferência para a reserva remunerada, por reforma, demissão ou outros previstos no Estatuto dos Militares.

Passa-se, então, à análise dos incisos II e III do artigo 9º do Código Penal Militar, *in verbis*:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

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

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

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

e) Por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) (Revogado pela lei 9.299/1996.)”

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. (Acrescentado pela Lei nº 9.299/96).

Por militar em situação de atividade entende-se o militar que está na ativa, ou seja, no

serviço ativo, incorporado às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), à Polícia Militar ou ao Corpo de Bombeiros Militar, esteja ele ou não em ou a serviço, fardado ou à paisana.

Militar assemelhado é o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar em virtude de lei ou regulamento (art. 21 do Código Penal Militar). Loureiro Neto (1995) assevera que o assemelhado estava agregado às Forças Armadas até que o Decreto n. 23.203, de 18 de março de 1947 (art. 1º) revogou a alínea b do Decreto n. 23/1942 (Regulamento Disciplinar do Exército), de modo a excluir o assemelhado da legislação militar e, conseqüentemente não os sujeitando mais à disciplina militar, mas sim ao seu respectivo estatuto. Com a entrada em vigor da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, a exclusão foi definitiva, ficando os civis sujeitos ao regime estatutário.

Lobão (2004, p. 104) também faz considerações nesse sentido: “Ao ser editado o diploma penal castrense, em 1969, há quase três décadas já não mais existia qualquer servidor do Ministério militar sujeito à disciplina militar. Nenhuma lei – e somente a lei – os sujeitava à disciplina militar”.

Segue o autor dizendo que:

No direito castrense antigo existia o assemelhado, como nos informa Macedo Soares ao comentar o Código Penal da Armada, de 1891: ‘assemelhados são todos aqueles que, não sendo combatentes, fazem parte do exército e da armada, sujeitos às leis militares, gozando dos direitos, vantagens e prerrogativas dos militares, tais são os que fazem parte das classes anexas ... inválidos e asilados, os reformados e os oficiais honorários, quando em serviço militar, etc.’ Portanto, assemelhado é quem se assemelha, se aproxima, quem, na forma da legislação imperial e no início da República, não sendo combatente, não usando farda, nem tendo posto ou graduação gozava de direitos, vantagens e prerrogativa do militar. Como ensina Pontes de Miranda, ‘a natureza das funções não importava – o que importa é a subordinação, a disciplina’ e não existe qualquer servidor de Ministério Militar, inclusive na Aeronáutica, subordinado a regulamentos militares e sim às normas disciplinares constante da legislação própria dos servidores públicos civis da União. Nesse sentido, parecer da Procuradoria Geral de Justiça Militar, na Ap. n. 34.156: Sabido é que o Decreto n. 23.203, de 18.6.47 (art. 1º) revogou a alínea b do Decreto n. 23/42 (Regulamento Disciplinar do Exército), de modo a excluir o conceito de assemelhado da legislação militar, e, conseqüentemente, não sujeitando mais os funcionários públicos civis da União, à disciplina militar, mas, sim ao seu respectivo Estatuto. (p. 106).

Lugar sujeito à administração militar, consoante ensinamentos de Romeiro (1994), é o espaço físico em que, necessariamente, as Forças Armadas e as Forças Auxiliares realizam suas atividades, como quartéis, aeronaves e navios militares ou mercantes em serviço militar, fortalezas, estabelecimento de ensino militar, campos de prova ou de treinamento e outros. Além disso, é também o que, na forma da lei, se encontrar sob administração militar. Não se considera, entretanto, lugar sujeito à administração militar a casa nele situada, como a cedida a oficiais e praças para residência, nas chamadas vilas militares, por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial).

O Militar da reserva constitui uma classe de militares que deixa o serviço ativo; é a situação de inatividade do militar, mas ainda sujeito à reversão ao serviço ativo em situações previstas em lei (LOUREIRO NETO, 1995). Em sendo convocado novamente para o serviço ativo, o militar da reserva equipara-se ao militar para fins de aplicação da lei penal militar, uma vez que foi novamente incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar, conforme o caso.

Reformado diz-se o militar definitivamente desligado do serviço ativo. Diferentemente do militar da reserva, este não mais está sujeito à reversão ao serviço ativo. Dentre os motivos que ensejam a reforma do militar estão questões relacionadas à saúde e à idade (militares que completam 65 anos de idade são reformados).

Oportuno mencionar que, por não se enquadrarem no conceito de militar constante do artigo 22 do Código Penal Militar, o militar da reserva e o reformado são considerados civis para a aplicação da lei penal castrense. Ademais, é a exegese que se extrai do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar (os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil) combinado com o parágrafo único do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (o foro militar se estenderá aos militares da reserva, aos reformados e aos civis, nos crimes contra as instituições militares, como tais definidos em lei).

No entanto, o militar da reserva e o reformado conservam as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito da aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (art. 13 do Código de Processo Penal Militar). Se o denunciado era oficial quando na ativa, por exemplo, terá direito à prisão especial.

Militar em serviço é o que se encontra exercendo função do cargo militar, permanente ou temporário, decorrente de lei, decreto, regulamento, ato, portaria, instrução, ordem verbal ou escrita de autoridade militar competente. Pode ser função de natureza militar ou outro serviço executado pelo militar nessa qualidade. Importante notar que militar em serviço não se confunde com militar em situação de atividade, na ativa ou no serviço ativo. Este, conforme já mencionado, é o militar incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar ou ao Corpo de Bombeiros Militar. O militar em serviço exerce função de seu cargo militar, incluindo-se formatura, manobra, exercício, comissão de natureza militar. Assim, somente o militar em situação de atividade, ou da ativa, exerce função inerente ao cargo militar, embora nem sempre esteja no exercício dessa função (LOBÃO, 2004).

O conceito de formatura abrange os desfiles militares e os treinamentos para desfiles.

Período de manobras, ou exercício refere-se ao adestramento da tropa, com seu deslocamento da unidade. Manobra compreende qualquer movimentação da unidade militar, destinada ao treinamento, a ocupar posições durante estado de sítio, de defesa, perturbação da ordem pública, dentre outros. Exercício é a atividade destinada ao preparo físico militar, ao treinamento militar da tropa, incluindo a utilização de aparelhamento bélico, e outros.

Acantonamento é a área de alojamento da tropa em local construído. Difere do acampamento, que é local de estacionamento da tropa, em barracas, no campo, etc. Assim surgiu a expressão castrense para designar o direito penal militar (do latim *castrensis*, derivado de *castra*, *orum*, que significa acampamento) (ROMEIRO, 1994).

Quanto ao patrimônio sob a administração militar, não é somente o complexo de bens pertencentes às Forças Armadas, mas quaisquer bens sob a referida administração, como por exemplo, veículos e máquinas de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas cedidos ou locados para determinados fins. A lei não exige bem pertencente ao patrimônio militar, sendo suficiente que esteja legalmente sob sua administração, por determinação de autoridade competente.

As infrações contra a ordem administrativa militar são aquelas que atingem a organização, a existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar. Refere-se à atividade da instituição militar na consecução de suas finalidades legais e constitucionais; diz respeito ao normal funcionamento, ao prestígio, ao decoro funcional e respeito devido à instituição militar (LOBÃO, 2004).

No que pertine ao civil, este será sujeito ativo do crime militar sempre que cometer infração tipificada somente no Código Penal Militar, contra as Forças Armadas, nos termos do inciso I do artigo 9º. São exemplos o ingresso clandestino (art. 302 do Código Penal Militar) e a insubmissão (art. 183 do Código Penal Militar). O civil também será sujeito ativo do crime militar quando cometer infração capitulada no Código Penal Militar, contra as instituições militares federais, nas circunstâncias elencadas nas alíneas do inciso III do artigo 9º.⁹

Lobão (2004, p. 134) aborda o tema com propriedade:

Retornando ao agente civil, são militares, os crimes de que tratam os incisos I e III, quando praticados por civil, desde que atendidas as circunstâncias do inciso III seguintes:

I – patrimônio sob administração militar (alín. a);

II – ordem administrativa militar (alín. a);

III – lugar sob administração militar contra militar (alín. b);

IV – militar em função de natureza militar (alíns. c e d);

V – militar em serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem, quando legalmente requisitado para esse fim, ou em obediência a ordem legal superior (alín. d).

Feitas essas considerações acerca da caracterização do crime militar, passamos à análise das duas espécies destes crimes: os propriamente e os impropriamente militares. Importante ressaltar que tal divisão, inicialmente doutrinária, foi posteriormente abraçada pelo legislador pátrio, que atribuiu efeitos diferentes e relevantes ao crime considerado propriamente militar.

⁹ O civil sujeita-se somente à Justiça Militar da União, em razão do dispositivo constitucional previsto no art. 125 da Carta de 1988, que limitou a competência da Justiça Militar Estadual para julgar somente os militares dos estados. Esta matéria que será abordada mais adiante em tópico próprio. Por isso que o crime, para ser militar, deve ser contra as Forças Armadas e instituições militares federais.

3.1 CRIMES PRÓPRIA E IMPROPRIAMENTE MILITARES

A distinção entre crimes própria ou impropriamente militares emerge do próprio texto constitucional, que em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe que “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Essa divisão também se projeta no plano infraconstitucional. Na parte geral do Código Penal, o artigo 64, II, prevê que para efeito da reincidência não se consideram os crimes militares próprios e os políticos.¹⁰

Evidente, portanto, a existência, em nosso Direito Penal Militar, de duas categorias de crime militar: os propriamente militares e, *contrario sensu*, os impropriamente militares.

A diferenciação entre um e outro tipo de delito militar é extremamente importante, na medida em que o ordenamento jurídico atribui relevantes efeitos jurídicos aos crimes propriamente militares, consoante dispositivos supracitados.

A legislação brasileira diferenciou, mas não conceituou tais espécies de delito. Assim, o conceito de crime própria e impropriamente militar deve ser buscado na doutrina, que diverge posições e opiniões.

Segundo a mais antiga doutrina clássica, baseada no Direito romano, crime propriamente militar seria aquele que somente por militar poderia ser praticado, pois consistia na violação de deveres restritos, próprios dos militares. Seria o crime funcional da profissão militar.¹¹

Uma outra corrente, baseada na legislação italiana, considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar, sem correspondência na lei penal comum. Para essa corrente, não é necessária a condição de militar para que o crime propriamente militar se configure. Assim, nessa classificação

¹⁰ A Lei n. 9605/1998 somente considera os crimes ambientais para efeito de reincidência a agravo da pena.

¹¹ Dentre as classificações doutrinárias para os crimes previstos no Código Penal está a do crime funcional, que, consoante ensinamentos de Dotti (2002, p. 174), é aquele cometido por funcionário público no exercício de suas funções. Trata-se de crime próprio, na medida em que são praticados por aqueles que detêm uma qualidade especial, qual seja, a de funcionário público. Assim, os crimes propriamente militares seriam crimes funcionais do militar, praticados por militar no exercício de suas funções.

entrariam todos os crimes cometidos por civis contra a instituição, a administração ou o serviço militar.

Por fim, há uma outra corrente de doutrinadores, dentre eles Loureiro Neto (1995), segundo a qual os crimes propriamente militares estariam no inciso I e os impropriamente militares no inciso II e III do artigo 9º do Código Penal Militar.

O direito pátrio, desde os primórdios da legislação repressiva castrense, manteve-se fiel às suas origens romanas (doutrina clássica), segundo a qual o crime propriamente militar é aquele que tem como sujeito ativo exclusivamente o militar. Na legislação penal militar brasileira, a qualidade militar do agente sempre integrou o tipo, seja explícita, seja implicitamente, através dos vocábulos comandante, oficial, subordinado, inferior, superior, comando, dentre outros.

Para Costa (1978), são militares, por natureza, os crimes que atentam contra os fundamentos das instituições armadas, que constituam uma violação do dever militar, que ofendam o serviço militar. Assevera, ainda, que puramente militar, essencialmente militar, exclusivamente militar e propriamente militar são expressões que se referem às infrações funcionais do militar.

Nonato (apud LOBÃO, 2004) conceitua delito essencialmente militar como sendo aquele que constitui uma infração do dever funcional do soldado, do dever específico da condição do soldado e Bandeira (apud LOBÃO, 2004) afirma que crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado.

Teixeira (1946, p. 46) afirma que “são chamados crimes propriamente militares aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, por que essa qualidade do agente é condição essencial para que o fato delituoso se verifique”.

Para Romeiro (1994), tendo em vista os efeitos que o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos crimes considerados propriamente militares, quais sejam, a não reincidência com os crimes comuns e equiparação com a transgressão militar, a fim de ser dispensada ordem judicial para a prisão de seu autor, a melhor corrente, dentre as expostas, seria a clássica. Propriamente militar, portanto, seria o crime que não poderia ter por autor senão um militar, tal qual a transgressão militar, a que foi equiparado na Constituição vigente, a fim de ser dispensada ordem judicial para a prisão de caráter disciplinar, pois o crime propriamente

militar não iria além de uma transgressão militar em grau mais elevado. Por fim, conclui Romeiro (1994, p. 74):

[...] os crimes propriamente militares, definidos somente nas leis militares, por violarem deveres exclusivamente militares, turbando a organização das Forças Armadas, têm a mesma finalidade delas, que é a segurança do Estado a que pertencem e defendem, fim indiscutivelmente de natureza política. Por esse motivo, assemelham-se, como no caso da reincidência (art. 64, II, CP) aos crimes políticos, que não ofendem os direitos naturais do homem, não lesam um interesse geral da humanidade, como fazem os crimes comuns, mas o particular de determinado Estado.

Lobão (2004, p. 78), por sua vez, conceitua crime propriamente militar como sendo a

[...] infração prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto peculiar da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.

Ressalta, ainda, que essa espécie de delito pode ser cometida pelo militar no exercício da função do cargo militar ou fora dele.

Não obstante, Romeiro (1994) argumenta que a doutrina italiana aperfeiçoada por Vico considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar sem correspondentes na lei penal comum. Afirma, ainda, que essa doutrina não exige, no Brasil, a qualidade de militar para a caracterização do crime propriamente militar. Lobão (2004) critica essas considerações salientando que Romeiro não atentou para o fato de que, para o penalista italiano, os delitos definidos com exclusividade na lei penal militar eram somente os que importavam em lesão ao serviço e à disciplina militar. Por isso eram restritos ao militar. E conclui Lobão (2004, p. 79):

Por outro lado, não corresponde à realidade a afirmativa de que no Brasil não é exigida a qualidade de militar do agente para a caracterização do crime propriamente militar, porquanto desde os primórdios do direito penal castrense brasileiro, a condição de militar, no crime propriamente militar, sempre foi exigida pela lei e sancionada pela melhor doutrina e jurisprudência.

Por fim, observa-se que a doutrina predominante no ordenamento pátrio é a que reconhece o crime propriamente militar como aquele que somente o militar pode cometer; aquele que é inerente à função e ao cargo militar.

O surgimento dos chamados delitos acidentalmente ou impropriamente militares foi motivado pela necessidade dos exércitos permanentes em assegurar as conquistas em terras longínquas e, posteriormente, pela transformação das forças armadas em instituição permanente, para defesa do país, para conquista e manutenção do domínio sobre os povos subjugados ou aliados coercitivamente.

No decorrer da História, a sucessão de guerras obrigou os países a manterem exércitos em condições permanentes de empenhar-se em confrontos com forças armadas de outros países, a qualquer tempo. Assim, como forma de dispensar maior proteção às instituições militares para manter-se a disciplina, indispensável para eficiência das forças armadas, sugeriram os delitos em comento. Resultado, pois, da ampliação do conceito de crime militar e, conseqüentemente, maior alcance da competência da justiça especial castrense, como forma, sobretudo, de tornar célere a prestação jurisdicional na repressão dessa espécie de delito (LOBÃO, 2004). Destarte, os crimes denominados impropriamente militares ganharam espaço nos códigos penais castrenses, através da militarização de delitos comuns que foram inseridos na jurisdição especializada independentemente do agente, civil ou militar.

Para a doutrina clássica, crimes impropriamente militares são os crimes comuns em sua natureza, que podem ser praticados por qualquer cidadão, mas quando praticado por militar em determinadas condições, a lei os considera militares. Romeiro (1994) acrescenta que crimes impropriamente militares seriam também todos os crimes praticados por civis que a lei define como militares.

Para Nonato (apud LOBÃO, 2004), delito impropriamente militar, ao qual se refere como sendo acidentalmente militar, é aquele que o militar pratica em virtude do critério *ratione loci*, *ratione temporis* ou em virtude do simples critério *ratione legis*.

Bandeira (apud LOBÃO, 2004, p. 75-76) conceitua o crime impropriamente militar como sendo “[...] aquele que pela condição de militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das forças armadas”.

Para Lobão (2004), em conformidade com o direito material brasileiro, crime impropriamente militar é a infração prevista no Código Penal Militar que, não sendo específica e funcional da profissão do soldado, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses. Afirma o

autor que o Código Penal Militar distingue três espécies de crimes impropriamente militares: os previstos exclusivamente no diploma repressivo castrense; os definidos de forma diversa na lei penal comum; e os com igual definição no Código Penal Militar e o Código Penal comum.

Os crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar serão impróprios quando cometidos por civil ou quando cometidos por militar sem violação da permissão constitucional de tutelar as instituições militares.

Os crimes definidos de forma diversa na lei penal comum e os crimes com igual definição no Código Penal Militar e o Código Penal comum tornam-se impropriamente militares quando cometidos em alguma das situações previstas nos incisos e alíneas do artigo 9º. São essencialmente comuns, mas em razão das circunstâncias nas quais foi praticado, bem como dos sujeitos ativo e passivo e do local da infração, militarizam-se. É a expressão dos critérios *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*.

Oportuno tecer algumas considerações acerca do civil enquanto agente do crime militar.

Considerando que, conforme já exposto, a doutrina predominante no ordenamento pátrio é a que reconhece o crime propriamente militar como aquele que somente o militar pode cometer; aquele que é inerente à função e ao cargo militar, aquele cuja essência é a qualidade de militar do agente, forçoso reconhecer que o civil não pode ser, em hipótese nenhuma, sujeito ativo desta espécie de delito.

Assim, se o civil praticar qualquer ato que se ajuste à descrição típica do crime propriamente militar, sua conduta carecerá de relevância penal, será atípica, ressalvada, claro, a hipótese de encontrar definição em dispositivo que trata do crime impropriamente militar ou do crime comum.

Neste sentido, o posicionamento de da Costa (1978, p. 131), para quem o “[...] delito praticado por civil tem sua classificação na característica do delito impropriamente militar”.

Destarte, o civil não responde pelo delito propriamente militar, nem como co-autor de sujeito ativo militar, somente sendo penalmente responsabilizado se os atos por ele praticados estiverem tipificados como crime impropriamente militar ou encontrarem definição no Código Penal comum.

Lobão (2004, p. 81) explica o tema com propriedade:

A excepcionalidade da sujeição do civil à Justiça Militar, subtraindo-o de seu juiz natural, de seu juiz legal (art. 5º, LIII, da Constituição), realiza-se nos estreitos limites estabelecidos pela Constituição, com a qual o legislador ordinário deve guardar conformidade. Essa permissão não autoriza que o civil ingresse na classe de sujeito ativo dos crimes próprios da profissão militar, da condição de militar do agente. Nos crimes propriamente militar, a lei protege a disciplina, a hierarquia, o dever militar, que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma, pelo civil.

3.2 A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DOS ESTADOS

A Constituição Federal prevê a existência de duas Justiças Militares distintas, a da União (art. 124) e a dos Estados (art. 125, §4º), *in verbis*:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

Consoante dispositivos constitucionais supra citados, à Justiça Militar da União compete “julgar os crimes militares definidos em lei e à Justiça Militar Estadual compete processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei”.

Assim, perante a Justiça Militar federal, militar é quem se encontra incorporado às Forças Armadas e militar perante a Justiça Militar estadual é quem integra a Polícia Militar ou o Corpo de Bombeiros Militares.

Portanto, escapam da competência da Justiça Militar federal as infrações definidas no Código Penal Militar quando cometidas pelo policial militar e pelo bombeiro militar. Da mesma forma, a Justiça Militar estadual não tem competência para processar e julgar o militar das Forças Armadas por crime militar.

Necessário frisar que o § 4º do artigo 125 da Constituição Federal limitou a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar, exclusivamente, o policial militar e o bombeiro militar (que são os militares dos Estados) nos crimes definidos no Código Penal Militar. Diante dessa limitação constitucional, o civil somente será sujeito ativo do delito militar quando o crime for cometido contra militar das Forças Armadas ou contra o patrimônio e ordem administrativa desta.

Assim, os civis não são processados e julgados pela Justiça Militar estadual pelos crimes militares que praticam contra as corporações da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros dos Estados. Nesses casos, eles são processados e julgados na Justiça comum estadual pelos crimes comuns correspondentes aos do Código Penal Militar, que a rigor teriam praticado contra as mencionadas corporações militares estaduais. Se não houver correspondência no Código Penal comum ao delito em tese praticado pelo civil contra as ditas corporações dos Estados, então sua conduta será atípica.

No que pertine à sujeição do civil à Justiça Militar, oportuno tecer algumas considerações históricas.

Os Artigos de Guerra do Conde de Lipe já continham disposições que poderiam ser aplicadas ao civil, sujeitando-o ao for militar. Exemplos são os artigos 13 (penetrar em fortaleza) e 18 (na modalidade ladrão de estrada).

Com a edição do Código Penal da Armada, em 1891, e sua aplicação ao Exército em 1899, ficou estabelecido que o civil ficaria sujeito à jurisdição militar quando o crime não fosse previsto pelo código penal comum (art. 3º, parágrafo único, do Código Penal da Armada). No entanto, a aplicação desse dispositivo não era pacífica nos tribunais nem tampouco na doutrina, especialmente em razão do disposto no artigo 77 (Os militares de terra

e mar terão foro especial nos delitos militares) da Constituição Federal de 1891 que, tal qual a Carta Imperial, sujeitava apenas o militar à jurisdição militar.

A Constituição de 1934 veio a corroborar a orientação jurisprudencial da época de submeter o civil à Justiça Militar nas infrações penais previstas no Código Penal da Armada. Esse era o dispositivo contido no artigo 84, *in verbis*:

[...] os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Esse foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.

Consoante ensinamentos de Lobão (2004, p. 91), a legislação e a jurisprudência firmaram-se no sentido de sujeitar o civil à Justiça Militar nos crimes impropriamente militares,

[...] crimes esses que sofreram excessiva e inconstitucional ampliação no diploma repressivo castrense em vigor, que procurou ajustar-se ao Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n.º 1004/69), que nunca vigorou. Com efeito, o atual Código Penal Militar militarizou infrações penais cuja repressão interessa à sociedade como um todo e não às instituições militares.

Ainda Lobão (2004, p. 91):

Apesar da reação contra a Justiça Militar, de ordem doutrinária ou motivada por interesses políticos não devidamente confessados, apesar da supressão da Justiça Militar em alguns países europeus, a verdade é que a inclusão do civil como sujeito ativo do crime militar ainda não foi devidamente banida de algumas legislações e, principalmente, da doutrina.

Rompendo com uma orientação constitucional que vem desde 1934 (art. 84, acima transcrito; Constituição Federal de 1937, art. 111¹²; Constituição Federal de 1946, art. 108¹³, § 1º; Constituição Federal de 1967, art. 122¹⁴, § 1º), a Constituição Federal de 1988, em seu

¹² Art. 111. Os militares e as pessoas a eles assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Esse foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei, para os crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares.

¹³ Art. 108. A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas.
§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos, expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

¹⁴ Art. 122. A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.
§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal

artigo 124¹⁵, não mais se refere aos sujeitos do delito militar, deferindo para o legislador ordinário a competência para incluir ou não o civil como agente do crime militar. Diante da permissão constitucional, o Código Penal Militar enumera, no inciso III do artigo 9º, os casos em que o civil ingressa como sujeito ativo do crime militar.

Ressalte-se que essa permissão, conforme já anteriormente mencionado, não se estende à Justiça Militar dos Estados. Isso porque, como visto, o artigo 125, § 4º da Constituição Federal limitou a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar, exclusivamente, policiais militares e bombeiros militares, nos crimes militares definidos pelo Código Penal Militar.

Federal.

¹⁵ Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

4 SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO

Conforme já exposto, a função precípua das Forças Armadas é a defesa da soberania do Estado. Essa defesa desdobra-se no plano externo e no plano interno. No primeiro caso, significa a defesa de uma agressão externa ao território, ao espaço aéreo e às águas territoriais nacionais. No segundo, a defesa das instituições que garantem o funcionamento e a vida democrática do Estado. Ambas as acepções vinculam estritamente a resposta militar aos atos de agressão em prol da defesa da pátria. Consoante o disposto no artigo 142 da Constituição Federal, a missão das Forças Armadas é a “defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais”.

A preparação para tal defesa compreende o recrutamento e adestramento do pessoal militar. No Brasil, o sistema de recrutamento adotado é misto, ou seja, compreende o serviço militar de carreira (voluntário) e o serviço militar obrigatório. O primeiro engloba as escolas da Marinha, Exército e Aeronáutica, nas quais os cidadãos (homens e mulheres) ingressam mediante concurso público e integram as instituições de forma permanente, formando-se oficiais e praças de carreira. O segundo é chamado serviço militar inicial, que é obrigatório para todos os cidadãos do sexo masculino, natos ou naturalizados, e será abordado mais adiante.

Nos dizeres de Bento (1987, p. 134):

Uma parte do Exército é profissional, constituída de oficiais e sargentos recrutados por meio de concursos de seleção, rigorosos e democráticos, a que podem concorrer todos os segmentos da sociedade civil. Eles percorrem uma carreira normal, ao término da qual passam a integrar a reserva, até uma idade limite que os incompatibilize para operações bélicas. A outra parte é de conscritos. Eles são recrutados para prestar um ano de Serviço Militar, ao fim do qual integrarão a reserva, como soldados, cabos ou sargentos egressos das unidades militares, soldados egressos dos Tiros de Guerra e oficiais egressos dos CPOR e NPOR [Centro de Preparação de Oficiais da Reserva e Núcleo de Preparação de Oficiais da Reserva, respectivamente].

O alistamento militar obrigatório ganhou força durante a Revolução Francesa, logo

após a tomada da Bastilha, em 14 de julho de 1789. Embora os revolucionários franceses acreditassem que apenas um exército de homens livres seria digno de uma nação de homens livres, iguais e fraternos, viram-se obrigados a abandonar essa ideologia quando foram invadidos pelos países vizinhos.

Assim, decretou-se que os todos os homens deveriam lutar em defesa da pátria e as mulheres deveriam confeccionar tendas e uniformes e trabalhar em hospitais. A França recrutou 300 mil soldados e expulsou os invasores. Historiadores afirmam que esse foi o primeiro decreto de serviço militar universal e obrigatório.

Mais tarde, em 1803, quando Napoleão se tornou imperador, institucionalizou o serviço militar obrigatório, que a República havia tentado abolir. Ele mobilizou 1 milhão de soldados, um em cada vinte franceses da época, sem distinção de sexo ou idade. No entanto, depois de sua morte, o serviço militar obrigatório continuou, mas não mais de forma igualitária. Os ricos poderiam trocar por trabalhos voluntários e os membros de algumas profissões como médicos, clérigos e funcionários públicos estavam isentos.

Na Europa, marcada por conflitos bélicos até mesmo após o fim da Guerra Fria, a maioria dos países adota, ainda hoje, o critério de obrigatoriedade para o serviço militar, com diferente rigor.

Na Alemanha, consoante legislação vigente, são obrigados a prestar serviço militar todos os homens que completarem 18 anos de idade e: a) tenham a nacionalidade alemã; b) tenham domicílio na Alemanha; c) tenham domicílio fora da Alemanha mas residiram anteriormente na Alemanha; d) possuam passaporte alemão ou certidão de nacionalidade alemã ou que se colocaram, de alguma outra maneira, sob a proteção da Alemanha. A obrigação de prestar serviço militar termina ao completarem 45 anos de idade.

A Suíça também exige de seus cidadãos a prestação de serviço militar. Todos os homens participam de regulares períodos de treinamento e têm o dever adicional de guardar em casa as peças essenciais do equipamento: o uniforme, o fuzil e o multiutilitário canivete suíço. O compromisso dos reservistas com o serviço militar termina apenas quando eles completam 50 anos de idade.

O serviço militar é também obrigatório na maior parte dos países da América Latina, dentre eles o Brasil, por um período que normalmente varia de 12 a 24 meses. Em Cuba, no

entanto, a duração é de 36 meses. Somente o Uruguai, a Argentina, a Guiana e o Suriname adotam a forma de serviço militar exclusivamente voluntariado.

Portanto, nos dias atuais, a obrigatoriedade do serviço militar, longe de constituir exceção no mundo, é adotada em dois terços dos países que possuem Forças Armadas organizadas, dentre eles, além dos já mencionados, China, Itália, Israel, Bélgica, Bulgária, Rússia, Suécia. Alguns países que adotam o serviço militar obrigatório e o prazo de sua duração: Alemanha (9 meses), Bulgária (2 a 3 anos), China (2 anos), Espanha (9 meses), França (10 meses), Hungria (2 anos), Itália (12 meses), Polônia (2 a 3 anos), Portugal (4 meses), Turquia (20 meses), Rússia (18 meses).

4.1 SERVIÇO MILITAR NO BRASIL

As origens do serviço militar no Brasil, remontam aos primórdios da ocupação e colonização portuguesa, logo após o descobrimento. O sistema administrativo adotado era o das Capitânicas Hereditárias e buscava-se permitir a defesa contra os inimigos estrangeiros e índios rebeldes.

Em 09 de setembro de 1542, na Câmara de São Vicente, foi promulgado um “Termo”, organizando uma milícia formada por colonos e índios. Com a promulgação do “Regulamento de El Rei”, em 1548, os proprietários de engenho e colonos receberam a determinação de possuírem armas para sua defesa. A promulgação do Termo e do Regulamento de El Rei evidenciavam o estabelecimento de uma organização militar, cujo objetivo era congregar os habitantes para a defesa da terra.

De maneira geral, os quadros do exército colonial eram formados pelos senhores, que ocupavam os cargos de oficiais, e pelos recrutas, voluntários ou forçados, provenientes das camadas mais baixas e humildes da sociedade. O recrutamento não atingia os agricultores e comerciantes, demonstrando haver certa preocupação com a continuidade da produção na sociedade.

Para os senhores, o serviço militar era uma possibilidade de ascensão social, na medida em que o cargo de oficial trazia sempre junto um título de nobreza (marquês, barão, duque, e outros). Mas essa ascensão social tinha um alto custo, pois o oficial era obrigado a fazer os recrutamentos e adquirir os mantimentos para a tropa. Não raro exauriam-se os

recursos humanos e econômicos da região.

A esta época, em razão do tratamento recebido e dos flagelos sofridos durante o “processo de recrutamento”, não era muito fácil angariar voluntários para o serviço militar. A carência de efetivo ensejou medidas que visavam aumentar os contingentes possíveis de serem recrutados. Assim, “todo homem não ligado à terra ou ao comércio fora equiparado a salteadores e, como delinqüente, era enviado amarrado ao exército” (PERAGALLI apud ACKER, 2000, p. 61).

No Império, mais precisamente em 1831, foi criada a Guarda Nacional, tradicional rival do Exército na disputa pela hegemonia do uso das armas e na arregimentação de voluntários para servir. A Guarda Nacional era uma organização civil, que foi criada para ser uma força de cidadãos.

Na disputa com o Exército pela hegemonia no uso da força das armas e, sobretudo, pela hegemonia no recrutamento de pessoal, a Guarda Nacional obteve grande êxito em amplo recrutamento, pois o serviço na Guarda não tinha o peso característico do serviço militar no Exército. Além disso, aquele que servisse na Guarda estaria isento de eventual serviço militar. Por volta de 1910 a Guarda Nacional foi subordinada ao Exército, sendo extinta em 1918.

Em linhas gerais, pode-se dizer que até 1916 vigorou no Brasil um sistema de privilégios concedidos aos cidadãos de status social mais elevado, os quais usufruíam de isenção do serviço militar ou de formas mais brandas de recrutamento. Estes ocupavam os cargos mais altos da hierarquia militar, ganhando em prestígio social e comodidade funcional. Aos mais humildes restava o recrutamento voluntário ou “sob o tacho policial” (ACKER, 2000). Serviam à Pátria por anos a fio, em condições de insalubridade e penúria material.

4.1.1 A origem do serviço militar obrigatório

Para entender-se o modelo da obrigatoriedade do serviço militar adotado pelo Brasil, imperioso conhecer o contexto histórico no qual ele se insere.

Terminada a Guerra do Paraguai, em 1870, durante a qual foi necessária a utilização dos efetivos civis da Guarda Nacional em um combate internacional, a operacionalidade do

Exército caíra a níveis críticos, não só para defesa externa, como também para a defesa interna do país. A ausência de poder dissuasório para assegurar a paz e a tranqüilidade da sociedade era um estímulo a freqüentes ameaças à segurança interna (BENTO, 1987).

No contexto internacional, operava-se a Revolução Industrial, emplementando profundos avanços tecnológicos, que repercutiram nos Exércitos. A sofisticação na arte e na ciência da guerra impôs aos exércitos modernos a necessidade de uma poderosa, bem treinada e articulada reserva nos seus efetivos de paz. As batalhas, que antes ficavam adstritas aos campos e trincheiras, conheceram novos artificios, como os navios de guerra e a produção de munições e armamento em série.

Essa sofisticação tornou a organização militar de um país um problema complexo, que demandava o envolvimento de toda sua força viva, ao lado de longa e cuidadosa preparação no que tange a estruturação, equipamento, instrução e motivação do exército.

Bento (1987, p. 134) afirma que:

A sofisticação em apreço tornou inviável, para o Brasil, recorrer à Guarda Nacional, às polícias estaduais e aos heróicos Batalhões de Voluntários da Pátria que, engrossando as fileiras do Exército Imperial, tiveram participação heróica e memorável no esforço de guerra que culminou com a vitória aliada na guerra da Tríplice Aliança contra o Paraguai. Por outro lado, tornou-se inviável também, do ponto de vista do nível de operacionalidade desejável e pelos altíssimos custos decorrentes, recorrer-se a soldados profissionais, para integrarem um Exército volumoso, mantido sempre, como necessário, em seu efetivo de guerra. [...] De resto, o sistema do soldado profissional experimentado pelo Brasil, de 1870 a 1916, não resistiu ao advento da Revolução Industrial. Mesmo os pequenos efetivos fixados pelo Exército deixaram de ser atendidos, pela inexistência de voluntários em número suficiente.

Grande parte dos soldados brasileiros até então eram profissionais, recrutados voluntariamente. O serviço militar, para eles, era um meio de vida, uma profissão. O nível de cultura daqueles soldados era baixo e eles possuíam as mais variadas idades. Naquele contexto, era praticamente impossível aumentar a operacionalidade do Exército ao nível da nova doutrina militar. Essa operacionalidade englobava o aspecto material (armamento bélico e soldados treinados para operá-los) e também o aspecto intelectual (soldados com capacidade de elaborar planos de planejamento e organização das Forças Armadas). Eram necessárias, pois, reservas de cidadãos já adestrados para o serviço militar, a fim de que se pudesse dar ao Exército Brasileiro condições para assimilar as modificações impostas pelos avanços da arte e

da ciência da guerra que ocorreram ao longo da Revolução Industrial.

De 1899 a 1910, a “Revista Militar”, editada pelo Estado-Maior do Exército, defendeu a idéia do serviço militar obrigatório como medida viabilizadora de um novo modelo, que ia ao encontro da nova doutrina militar difundida em todo o mundo. Em 1900, foi elaborado um “Plano de Reforma do Exército”, pelo então Ministro da Guerra, Marechal João Nepomuceno Medeiros Mallet, cujo objetivo era dar ao Exército Brasileiro uma feição com todas as características de seu povo. Mas havia resistências a serem vencidas em todas as classes e camadas da sociedade, inclusive dentro do próprio Exército.

Em 4 de janeiro de 1908 foi promulgada a Lei do Serviço Militar Obrigatório, graças ao apoio do então Presidente da República Afonso Pena e alguns políticos de renome, dentre eles os senadores Pinheiro Machado (RS), Soares dos Santos (RS), Fernando Mendes (DF) e os deputados federais Alcindo Guanabara (DF), autor do projeto de lei, Jayme Darcy (RS), Carlos Peixoto Filho (MA) e Fernandes Mendes (RJ).

Bento (1987, p. 124) conclui que

O serviço militar obrigatório no Brasil foi uma imposição da expressiva evolução da Doutrina Militar, conseqüente da Revolução Industrial, e destinava-se a viabilizar a existência de uma compatível e bem adestrada reserva ao Exército, nos moldes das disponíveis pelos exércitos capacitados a enfrentar as exigências da guerra em suas novas dimensões.

Embora já instituída por lei a obrigatoriedade do serviço militar, o novo sistema só foi efetivado após memorável campanha cívica de Olavo Bilac. Durante a I Guerra Mundial, nos anos de 1915 e 1916, o poeta desencadeou notável campanha pregando a necessidade do Serviço Militar, como preito de amor à Pátria e o Quartel como escola de civismo. Como homenagem, Olavo Bilac foi escolhido o Patrono do Serviço Militar e a data de seu nascimento (16 de dezembro) consagrada como o Dia do Reservista. Nas palavras do Bilac (apud BENTO, 1987, p. 135), o serviço militar obrigatório:

É o triunfo da Democracia. É o nivelamento das classes sociais. É a escola da Ordem; da Disciplina, da Coesão. É o laboratório da dignidade e do patriotismo. É a instrução primária, a educação cívica e a higiene obrigatória. A caserna é um filtro admirável em que os homens se depuram e se apuram. [...] a farda para todos; para todos o dever, a honra e o sacrifício.

A lei em vigor, cuja execução foi retardada durante 8 anos, determinava que o

recrutamento se fizesse mediante sorteio militar. O 1º sorteio militar, implementado pelo Presidente Wenceslau Braz, ocorreu em 16 de dezembro de 1916 em todo o território nacional. A cerimônia principal, contudo, deu-se no Rio de Janeiro, então capital federal, nas dependências do Batalhão do Tiro 7, local hoje ocupado pelo Palácio da Guanabara.

Participaram da recepção o Ministro da Fazenda, Lino de Matos, o Prefeito e o Chefe de Polícia do Distrito Federal e representantes do Ministro da Marinha, da Brigada Policial e Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, e da Guarda Nacional. [...] A junta do Sorteio Militar, sob a presidência do Coronel Fredolino José da Costa e secretariada pelo Major João Veloso Ramos, tinha, como membros, o Coronel da Guarda Nacional Alfredo Fausto Sampaio Ribeiro, o Capitão Médico Francisco P. da Silva Reis e o Dr. Álvaro Lima Pereira, 2º Procurador da República. A primeira célula dos correspondentes a 152 alistados foi retirada, ‘conforme sorte’, pelo 2º Procurador da República. O primeiro sorteado foi Alberto Garcia de Matos, alistado no município de Santa Rita. O anúncio de seu nome foi saudado pelos presentes, com prolongada salva de palmas, seguida de repetidos ‘vivas’ à República e ao Exército. Foram sorteados 114 alistados para preencher os claros existentes nas unidades do Exército sediadas no então Distrito Federal. [...] As células sorteadas foram colocadas em uma urna, a qual foi lacrada em suas quatro faces, com as assinaturas de todos os membros da Junta do Sorteio Militar. Foi lavrado um Termo do Sorteio Militar, igualmente assinado, com uma histórica caneta de ouro (BENTO, 1987, p. 122-123).

O 1º sorteio militar foi certamente o marco histórico do serviço militar obrigatório no Brasil. Tal sistema vigorou até 1945, quando foi implantado o sistema de convocação geral por classe, em vigor até os dias de hoje.

Em 1964, foi promulgada a atual Lei do Serviço Militar (Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964) que entrou em vigor em 20 de janeiro de 1966, com a publicação de seu Regulamento, o [Decreto n. 57.654](#).

A Lei do Serviço Militar (LSM) estabeleceu o Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA) como Órgão de Direção Geral do Serviço Militar. O Decreto n. 79.031, de 23 de dezembro de 1976, criou a Comissão do Serviço Militar (COSEMI), com a missão de assessorar a chefia do EMFA na Direção Geral do Serviço Militar.

Muito embora todas as Constituições brasileiras tenham trazido normas que definiam as obrigações dos brasileiros no tocante à defesa da Pátria, a obrigatoriedade do serviço militar foi elevada ao patamar constitucional com a Carta Magna de 1967, que em seu artigo 93 dispunha que “todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos

necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei”. No diploma atual, o serviço militar obrigatório vem expresso no artigo 143 (o serviço militar é obrigatório nos termos da lei).

Acerca desta obrigatoriedade constitucional, manifesta-se Silva (2004, p. 755):

Pode parecer estranho que a Constituição tenha que determinar a obrigatoriedade de serviços destinados à defesa da pátria a todos os brasileiros, dado que essa defesa já decorreria da própria situação de cada um em função de sua exclusiva pertinência à comunidade nacional, o que, por si, implica a necessidade ética de cada membro dessa comunidade lutar por sua sobrevivência contra qualquer inimigo. Justifica-se, porém, a determinação constitucional, pois se trata de obrigação sumamente onerosa, não só por afastar o indivíduo do seio da família e de suas atividades, como por exigir, às vezes, o tributo da própria vida.

A Lei do Serviço Militar vigente (Lei n. 4.375/1964), determinando a universalidade do serviço militar, contribui para que as Forças Armadas sejam compostas de brasileiros de todas as raças, crenças, classes sociais e grau de instrução, representando a própria Nação em armas.

4.2 SERVIÇO MILITAR INICIAL

De acordo com a doutrina, o serviço militar

[...] consiste na incorporação do indivíduo às fileiras das tropas, de tiro de guerra ou cursos de preparação de oficiais da reserva, para receber adestramento e instruções militares, por determinado tempo, desincorporando-se, vencido este, na qualidade de reservista ou oficial da reserva (SILVA, 2004, p. 755).

Já o artigo 4º do Regulamento da Lei do Serviço Militar (RLSM) define-o como “[...] o exercício das atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas e tem por base a cooperação consciente dos brasileiros, sob os aspectos espiritual, moral, físico, intelectual e profissional na segurança nacional”.

A obrigação para com o serviço militar, em tempo de paz, dura 28 anos. Inicia-se no ano em que o brasileiro completa 18 anos, quando tem o dever de alistar-se no órgão competente, e termina naquele em que ele completa 45. A prestação do serviço militar inicial

efetiva-se no ano em que o cidadão completa 19 anos e tem a duração normal de 12 meses, podendo este prazo ser reduzido ou dilatado em situações especiais (art. 6º da Lei do Serviço Militar).

No sistema atualmente adotado pelo Brasil, a prestação do serviço militar é feita por classe, que é o conjunto de brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um mesmo ano.

São órgãos do serviço militar:

- a) Diretoria do Serviço Militar (DSM): órgão de direção do serviço militar; oferece apoio técnico-normativo; encarregado de dirigir, orientar, coordenar e controlar as atividades ligadas ao serviço militar em todo território nacional;
- b) Seção de Serviço Militar Regional (SSMR): um órgão regional de planejamento, execução, coordenação e fiscalização do serviço militar;
- c) Circunscrições de Serviço Militar (CSM): órgãos regionais de execução e fiscalização do serviço militar;
- d) Delegacias de Serviço Militar (Del SM): órgãos de execução, controle e fiscalização do serviço militar, diretamente subordinados à Circunscrição de Serviço Militar (CSM) em cujo território tenham sede, abrangendo uma ou mais Juntas de Serviço Militar (JSM);
- e) Juntas do Serviço Militar (JSM): órgãos executores do serviço militar e de responsabilidade dos municípios.

Para a execução da Lei do Serviço Militar e de seu regulamento, o território brasileiro é dividido em circunscrições de serviço militar. A cada Circunscrições de Serviço Militar são atribuídos pouco mais de dois milhões de habitantes. As Circunscrições de Serviço Militar estão subordinadas às respectivas seções de serviço militar regional e também à diretoria do serviço militar. A junta militar é o órgão executor de base de cada município. Correspondem aos municípios administrativos (art. 9º da Lei do Serviço Militar) e são presididas pelos prefeitos, tendo como secretários um funcionário municipal e representantes das Forças Armadas. A responsabilidade de instalação e manutenção das Juntas de Serviço Militar é da

alçada do município (art. 11 da Lei do Serviço Militar). Oportuno diferenciar o município tributário do não-tributário. O primeiro é o considerado, pelo Plano Geral de Convocação anual, como contribuinte à convocação para o serviço militar, ou seja, contribui com conscritos para a incorporação nas Forças Armadas. O segundo, a contrário senso, considerado não contribuinte.

Para facilitar o trabalho de uma Circunscrição de Serviço Militar, os encargos de várias JSM são orientados e fiscalizados por uma delegacia de serviço militar. Esta é dirigida por um oficial do Exército e é justaposta à Juntas de Serviço Militar de um município importante pela expressão demográfica e econômica.

Há três modalidades para o serviço militar inicial:

- a) Incorporação em Organização Militar: Quartéis, Corpos (Unidades) de Tropa, Repartições, Estabelecimento, Navios, Bases Navais e Aéreas e qualquer outra unidade tática ou administrativa, que faça parte do todo orgânico do Exército, Marinha ou Aeronáutica;
- b) Matrícula em Tiro-de-Guerra (TG): os Tiros-de-Guerra são Órgãos de Formação da Reserva que possibilitam a prestação do Serviço Militar Inicial, no município sede do TG, dos convocados não incorporados em Organizações Militares da Ativa, de modo a atender a lei, conciliando o trabalho e o estudo do aluno. A instituição dos Tiros-de-Guerra constitui experiência brasileira coroada de êxito no cumprimento da missão de formar reservistas;
- c) Matrícula em Órgão de Formação de oficial da Reserva: Centro de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR) e Núcleo de Preparação de Oficiais da Reserva (NPOR).

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, ater-se-á à primeira modalidade, tendo em vista que o crime de insubmissão é cometido por aquele que, devidamente convocado para incorporação em Organização Militar (OM), não se apresenta ou ausenta-se do local antes do ato oficial de incorporação.

A prestação do serviço militar inicial, na modalidade do enfoque do presente trabalho, compreende várias etapas, quais sejam, a convocação, o alistamento, a seleção, a designação

e, finalmente, a incorporação em uma Organização Militar.

Oportuno mencionar que o cidadão que faltar a alguma dessas etapas estará em débito com o serviço militar, o que ocasiona uma série de restrições de direitos inerentes aos cidadãos brasileiros. Essas restrições vêm expressas no artigo 74 da Lei do Serviço Militar, *in verbis*:

Art. 74. Nenhum brasileiro, entre 1º de janeiro do ano em que completar 19 (dezenove), e 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, poderá, sem fazer prova de que está em dia com as suas obrigações militares:

- a) obter passaporte ou prorrogação de sua validade;
- b) ingressar como funcionário, empregado ou associado em instituição, empresa ou associação oficial ou oficializada ou subcencionada ou cuja existência ou funcionamento dependa de autorização ou reconhecimento do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;
- c) assinar contrato com o Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;
- d) prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino;
- e) obter carteira profissional, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão;
- f) inscrever-se em concurso para provimento de cargo público;
- g) exercer, a qualquer título, sem distinção de categoria, ou forma de pagamento, qualquer função ou cargo público:
 - I - estipendiado pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais;
 - II - de entidades paraestatais e das subvencionadas ou mantidas pelo poder público;
- h) receber qualquer prêmio ou favor do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;

Portanto, sem o cumprimento de suas obrigações e deveres para com o serviço militar, nenhum brasileiro estará em pleno gozo de sua cidadania.

4.2.1 Convocação e alistamento

A convocação é feita anualmente pelo Plano Geral de Convocação (PGC), elaborado pelo Ministério da Defesa, com a participação dos comandantes das Três Forças, e aprovado por Decreto Presidencial. Abrange toda classe de brasileiros e as anteriores ainda em débito com o serviço militar. A classe convocada a alistar-se neste ano de 2005 é a de 1987. Assim,

todo brasileiro que nasceu no ano de 1987 e, por conseguinte, completou ou vai completar 18 anos em 2005, deve dirigir-se a uma Junta de Serviço Militar a fim de alistar-se, até a data de 30 de abril de 2005, sob pena de ser considerado em débito com o serviço militar.

O alistamento militar é o ato prévio e obrigatório a que estão sujeitos todos os brasileiros da classe convocada, nos primeiros quatro meses do ano em que completar 18 anos de idade. Conforme já mencionado, o alistamento deverá ser realizado nas Juntas de Serviço Militar do município em que reside o cidadão, no período de 1º de janeiro a 30 de abril do ano em que completar 18 anos. Ao alistar-se o convocado recebe o certificado de alistamento militar (CAM), documento que comprova estar ele em dia com as suas obrigações militares.

Para os naturalizados, o alistamento ocorrerá no prazo de 30 dias, a contar da data do recebimento do Certificado de Naturalização ou da assinatura do Termo de Opção. Aos brasileiros que residirem ou se encontrarem no exterior, próximo a localidade brasileira, é facultada a apresentação, por conta própria, para o alistamento, no órgão alistador da referida localidade (art. 5º, § 4º e art. 41, § 3º do Regulamento da Lei do Serviço Militar).

Os jovens estudantes que, na época do alistamento, estiverem matriculados nas faculdades de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária, terão sua incorporação adiada por tempo igual ao da duração do curso. No ano que suceder a conclusão do curso, esses devem comparecer à Seleção Especial de Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários. Os selecionados prestarão o serviço militar inicial por um ano, podendo continuar como oficiais do Serviço de Saúde por um período determinado. A prestação do serviço militar inicial por esses profissionais de saúde é regulada pela Lei n. 5.292, de 08 de junho de 1967 e regulamentada pelo Decreto n. 63.704, de 29 de novembro de 1968.

Se o alistamento não for realizado nos prazos legais, poderá ser feito a qualquer tempo. No entanto, o cidadão incorrerá em penalidade estipulada no Regulamento da Lei do Serviço Militar, que neste caso é de multa.

Os brasileiros residentes no exterior deverão tratar dos seus interesses relacionados com o serviço militar nas Repartições Consulares do Brasil. Estas são órgãos executores do serviço militar no exterior. Os Consulados deverão verificar a situação do cidadão brasileiro, quanto às obrigações militares, antes que ele viaje para fora do país e quando ele regressar.

4.2.2 Seleção

A seleção é o passo seguinte a ser cumprido e destina-se a avaliar os alistados para o serviço militar inicial, quanto ao aspecto físico, psicológico e moral. A seleção é feita por comissões de seleção (CS) fixas e volantes, distribuídas por todo o território nacional, nos meses de julho, agosto e setembro.

Atualmente, o processo de seleção está unificado nas Forças Armadas, sendo responsabilidade do Exército. Na seleção geral o convocado fará a opção pela Força na qual deseja prestar o serviço militar. Mas essa opção não será necessariamente atendida. Tudo dependerá do perfil do cidadão e da demanda do efetivo de cada Força. Em Campo Grande, a seleção ocorre nas dependências da 9ª Região Militar, sito à Avenida Duque de Caxias n. 1628, Bairro Amambaí.

Ao término da seleção, aqueles que forem considerados aptos serão orientados a respeito da data e do local em que deverão comparecer para tomar conhecimento de sua designação. Os que forem considerados inaptos estarão dispensados do serviço militar e receberão um certificado de isenção.

O convocado que faltar à seleção ou deixar de completá-la, estará em débito com o serviço militar, sendo considerado refratário, sujeito à penalidade imposta pela Lei do Serviço Militar e pelo Regulamento da Lei do Serviço Militar, consistente no pagamento de multa. Mas se o convocado comprovar que não tem condições de pagá-la, por ser pobre na forma da lei, ele fica isento da penalidade.

4.2.3 Designação e incorporação

A designação é a fase em que o convocado toma conhecimento da Força (Exército, Marinha ou Aeronáutica) e da Organização Militar onde deverá servir. Diz-se que foi convocado à incorporação. O convocado receberá um documento, denominado termo de conhecimento e designação, que deve ser por ele assinado, a fim de comprovar a ciência do local e data da apresentação para incorporação e será também carimbado pela autoridade competente.

Pode ocorrer, no entanto, que mesmo considerado apto para o serviço militar, o cidadão não seja designado para a incorporação em uma Organização Militar, ante a eventual impossibilidade de atendimento de toda a classe para a prestação do serviço militar inicial. Neste caso fala-se em excesso de contingente. Via de regra, são designados para incorporação o efetivo necessário, acrescido de 40%. Esse percentual constitui uma reserva no caso de inaptidão que sobrevenha à seleção. Isto se justifica porque a seleção normalmente é realizada entre os meses de julho a setembro e a incorporação em maio do ano seguinte. Problemas de saúde são os mais comuns. Assim, aqueles que excederem o numerário acima mencionado constituirão o excesso de contingente e receberão o certificado de dispensa de incorporação. Entretanto, poderão ainda ser convocados para atender a chamada complementar para diferentes necessidades, durante o ano de prestação do serviço militar inicial da classe a qual pertencem.

A incorporação é o ato solene através do qual os designados são incorporados às fileiras do Exército, Marinha ou Aeronáutica.

O convocado para incorporação que, tendo tomado ciência inequívoca do local e data de sua apresentação, não se apresentar na Organização Militar determinada, dentro do prazo marcado, ou ausentar-se antes do ato oficial de incorporação, será declarado insubmisso. Vale dizer que ele terá cometido o crime de insubmissão, previsto no artigo 183 do Código Penal Militar.

Oportuno, pois, diferenciar o insubmisso do refratário e do desertor. O refratário, conforme já mencionado, é o jovem do sexo masculino que não se apresenta para a seleção de sua classe na época determinada ou que, tendo-o feito, ausenta-se sem a haver completado. Ele não comete nenhuma infração penal, apenas é considerado em débito com o serviço militar e a penalidade prevista para tal é o pagamento de multa, além, claro, dos impedimentos a que ficam sujeitos todos que estão em débito com as obrigações militares, sejam eles refratários ou não.¹⁶

Já o desertor é o militar incorporado que, sem licença, ausenta-se da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 dias. Trata-se de crime propriamente militar, previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, punido com detenção de

¹⁶ Segundo o Regulamento da Lei do Serviço Militar: em débito com o Serviço Militar - Situação dos brasileiros que, tendo obrigações definidas para com o Serviço Militar, tenham deixado de cumpri-las nos prazos fixados.

seis meses a dois anos, ao qual o Código de Processo Penal prevê rito especial (art. 451 a 457).

Após o decurso do prazo legal de prestação do serviço militar inicial, que pode ser reduzido ou dilatado (art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei do Serviço Militar), conforme interesse e necessidade das Forças. Esses brasileiros integrarão a reserva das Forças Armadas, como reservistas de 1ª ou 2ª categoria, conforme a instrução recebida. Eles receberão o certificado de reservista, através do qual comprovarão estar em dia com suas obrigações militares.

Os reservistas permanecerão vinculados à Organização Militar onde prestaram o serviço militar inicial, ou a outra que lhe tiver sido indicada, e possuem deveres para com as Forças Armadas, devendo cumpri-los sob pena de incorrerem nas penalidades previstas na Lei do Serviço Militar e seu regulamento, que em geral é de multa.

Dentre esses encargos estão: a) apresentar-se, quando convocado, no local e prazo que lhe tiverem sido determinados; b) comunicar, dentro de 60 dias, pessoalmente ou por escrito, à Organização Militar mais próxima, as mudanças de residência; c) apresentar-se, anualmente, no local e data que forem fixados, para fins de exercício de apresentação das reservas ou cerimônia cívica do Dia do Reservista; d) comunicar à Organização Militar a que estiver vinculado, a conclusão de qualquer curso técnico ou científico, comprovada pela apresentação do respectivo instrumento legal, e bem assim, qualquer ocorrência que se relacione com o exercício de qualquer função de caráter técnico ou científico.

50 CRIME DE INSUBMISSÃO

Pode-se dizer que a insubmissão é um dos mais peculiares delitos do Código Penal Militar. Isso porque, embora seja um crime militar, com previsão apenas no Código Penal Militar, somente pode ser cometido por civil. Trata-se de crime próprio, na medida em que o sujeito ativo é o civil, convocado à incorporação na Organização Militar, que deixa de se apresentar na data prevista ou ausenta-se antes do ato formal de incorporação.

Mas para que o civil seja processado perante a Justiça Militar é necessário que ele seja incorporado às fileiras das Forças Armadas. Vale dizer que a condição de militar é indispensável para que seja instaurada a ação penal contra o insubmisso. Em suma: apenas o civil pode cometer o crime e apenas o militar pode ser processado pelo crime de insubmissão. Além disso, há divergências acerca da natureza deste delito: se própria ou impropriamente militar. E, conforme já mencionado, esta distinção ocasiona efeitos distintos e relevantes na esfera processual.

Nos tópicos seguintes, analisaremos o delito de forma pormenorizada, de modo a melhor conhecer e compreender as peculiaridades que envolvem o tipo penal em toda sua extensão, bem como a ação penal em desfavor do insubmisso.

5.1 O TIPO PENAL

O crime de insubmissão surge juntamente com a obrigatoriedade do serviço militar para todos os cidadãos brasileiros do sexo masculino, imposta por lei em 1908 e efetivamente implantada com o primeiro sorteio militar em 1916. Estava capitulado no artigo 116 do Código Penal Militar da Armada.

Segundo Soares (apud LOBÃO, 2004, p. 341), de acordo com o mencionado diploma legal, cometia o crime de insubmissão “[...] o sorteado ou designado, voluntário e engajado que deixarem de apresentar-se, sem causa justificada, dentro do prazo que lhes for marcado”.

Nesta época, havia ainda muita resistência ao serviço militar obrigatório, fruto de um paradigma criado em razão dos processos utilizados para recrutar os jovens soldados. Os pedidos de *habeas corpus* impetrados contra o serviço militar obrigatório eram constantes. Muitos foram servir à Pátria contrariados. A resistência da população era evidenciada pelas estatísticas: nos anos de 1918 e 1919 o número de insubmissos no Brasil foi, respectivamente, 14.393 e 23.993 (SERRANO, 1919 apud ACKER, 2000).

As relações dos insubmissos eram encaminhadas pelas Autoridades Militares ao Chefe de Polícia local, que era o responsável pela captura. Listas com nomes de insubmissos eram também amplamente divulgadas na imprensa local. Em alguns casos, constavam nos jornais o nome do pai ou responsável pelo insubmisso, transferindo para a família a responsabilidade social da insubmissão (SERRANO, 1919 apud ACKER, 2000). Além da busca policial, os insubmissos eram tachados de maus patriotas e estavam sujeitos a julgamento perante o Conselho de Justiça Militar, órgão colegiado composto apenas por militares.

No Código Penal Militar de 1944, o delito estava capitulado no artigo 131, ao qual era cominada pena de detenção de quatro meses a um ano.

No diploma repressivo em vigor, o crime de insubmissão está previsto em capítulo próprio (Capítulo I), inserido no Título III, dos Crimes Contra o Serviço Militar e o Dever Militar, *in verbis*:

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena – impedimento, de três meses a um ano.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.”

§ 2º. A pena é diminuída de um terço:

a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis;

b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação.

Observa-se que com o advento do atual Código Penal Militar (1969) foi introduzida nova modalidade de pena privativa de liberdade, prevista única e exclusivamente para o crime em comento, o impedimento (art. 55, alínea d do Código Penal Militar), que sujeita o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar, conforme

exposição de motivos n. 8 e artigo 63¹⁷ do mencionado diploma legal.

Importante frisar que o impedimento é modalidade de pena privativa de liberdade. Apesar de ser um tipo de pena *ex celam*, ou seja, não há recolhimento à cela, o condenado tem sua liberdade restringida, na medida em que pode locomover-se somente dentro dos limites da unidade militar, não podendo dela ausentar-se. E, como não tem ainda adestramento militar, ele fica sujeito à instrução militar durante o cumprimento da pena.

O bem jurídico que se pretende tutelar é o serviço e o dever militar. Nos dizeres de Assis (2003a, p. 122), “a tutela pretendida pela Lei Penal Militar é a normalidade, regularidade e obediência ao serviço militar e ao dever militar a que todo brasileiro está obrigado por força da Constituição Federal”.

Trata-se de crime formal, na medida em que se consuma com a não apresentação do convocado na data, local e no prazo determinados pela autoridade militar ou apresentando-se, retira-se do local antes do ato formal de incorporação, ou ainda, em sua forma equiparada, deixa de se apresentar após o decurso do prazo de licenciamento. Nesse sentido, os julgados do Superior Tribunal Militar:

CRIME DE INSUBMISSÃO. Crime omissivo, de mera conduta, instantâneo e de natureza formal, que se consuma com a não apresentação do convocado à incorporação na data e no local determinado, constantes no seu Certificado de Alistamento Militar (CAM). Argumentos defensórios incapazes, *in casu*, de ilidir a acusação. Crime perfeitamente caracterizado em todos os seus contornos. Aplicação dos verbetes das Súmulas n.ºs 03 e 07, desta Corte. Apelo não provido. Decisão unânime. (STM – Apelação n. 1999.01.048281-6-PR, julgado em 01/06/1999, publicado no DJ em 14/07/1999).

INSUBMISSÃO. Delito de mera conduta que se consuma pela não apresentação do convocado no local e no prazo previamente determinados, para prestação do serviço militar obrigatório. O elemento subjetivo insere-se na omissão de fazer o que estava por lei obrigado. Incidência do verbete sumular n.º 07/STM. Recurso improvido. Decisão majoritária. (STM – Apelação n. 2000.01.048562-9-DF, julgado em 12/06/2001, publicado no DJ em 23/08/2001).

O Regulamento da Lei do Serviço Militar (Decreto n. 57.654/1966), em seu artigo 3º, item 22, define como insubmisso o

¹⁷ Exposição de motivos ao Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969) n. 8: No capítulo das penas principais, o Projeto introduziu nova modalidade de pena privativa de liberdade: o impedimento, para o crime de insubmissão, sujeitando o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar.

[...] convocado, selecionado e designado para incorporação ou matrícula, que não se apresentar à organização militar que lhe for designada, dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, ausenta-se antes do ato oficial de incorporação ou matrícula.

Necessário mencionar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido que o convocado à incorporação em tiro de guerra que não se apresenta não comete o crime em comento.¹⁸ Portanto, o conceito de insubmisso constante do Regulamento da Lei do Serviço Militar aplica-se somente ao convocado à incorporação, excluindo o convocado à matrícula em tiros de guerra.

Lobão (2004, p. 346-347) explica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

[...] a incriminação restringe-se à falta de apresentação para incorporação, mas não para a matrícula [...]. A conduta incriminadora do art. 183 é deixar de apresentar-se o convocado à incorporação e não, também à matrícula. Quanto à primeira, não corresponde à realidade da descrição típica do dispositivo penal. Com efeito, é elemento estranho ao tipo, a espécie de organização militar. O que importa é a incorporação [...]. Há órgãos de formação de reserva no qual os matriculados são incorporados, enquanto outros, como o Tiro de Guerra, não ocorre a incorporação porque a instrução militar é dada em períodos descontínuos, horários limitados, apenas o ‘suficiente para o exercício de funções gerais básicas de caráter militar’ (art. 157, *caput*, do Dec. 57.754).

E mais adiante, conclui Lobão (2004, p. 348): “Portanto, o aluno do Tiro de Guerra não comete o crime de insubmissão, única e exclusivamente porque não é incorporado ao órgão de formação de reserva (Tiro de Guerra) no qual se encontra matriculado”.

Para Lobão (2004, p. 342) o delito

[...] consiste no fato de o convocado deixar de apresentar-se à incorporação, sem justa causa, no prazo que lhe foi designado, ou, após a apresentação, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação e, também, deixar de apresentar-se após o término da dispensa temporária.

Complementa o autor que a expressão justa causa não consta do código, mas a jurisprudência vem reconhecendo inexistir delito se houver motivo imperioso que impeça o comparecimento do convocado.

¹⁸ STJ - RHC n. 77272: [...] crime militar. insubmissão. Falta à matrícula em Tiro de Guerra: inexistência do crime, dada a revogação pelo C. Pen. Militar do art. 25 da Lei do Serviço Militar (L. 4.735/64), de modo a reduzir a incriminação à falta de apresentação do convocado para incorporação, mas não para a matrícula. DJ. 06/11/98.

O elemento subjetivo do crime é o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente do civil de furtar-se ao serviço militar obrigatório. Já decidiu o Superior Tribunal Militar que não comete o crime em comento o convocado que se apresenta em unidade militar diferente da qual fora designado.

O crime de insubmissão somente se tipifica quando o convocado revela o propósito de não prestar o serviço militar a que está obrigado. A apresentação do convocado à CR do local em que passou a residir e a sua incorporação em unidade diversa daquela na qual deveria se incorporar não tipifica o crime de insubmissão, pois evidencia a vontade do convocado em prestar o serviço militar a que estava obrigado [Apelação n. 34.627, STM] (LOBÃO, 2004, p. 346).

O § 1º do artigo em comento prevê forma equiparada ao *caput*. Assim, aquele que for dispensado temporariamente da incorporação e deixar de se apresentar após decorrido o prazo de licenciamento, também incide no crime em comento. As situações de dispensa de incorporação estão expressamente previstas no artigo 30 da Lei do Serviço Militar e artigos 104 e 105 do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

O § 2º traz duas hipóteses que ensejam a diminuição da pena, ambas não contempladas pela legislação anterior. Na primeira hipótese, a ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis, fazem incidir a redução da pena. A escusabilidade deve ser aferida no caso concreto.

Oportuno mencionar que, nos dias atuais, com o avanço dos meios de comunicação em massa e as campanhas feitas pelo Ministério da Defesa acerca das obrigações militares, especialmente na televisão, é cada vez mais difícil o reconhecimento da incidência deste dispositivo. Ademais, na ocasião da designação, o convocado deve assinar um termo, a fim de comprovadamente tomar ciência do local e da data de sua apresentação para incorporação. Se ele se recusar a assinar tal documento, a autoridade militar competente faz constar a recusa em documento próprio.

Na segunda hipótese legal, o insubmisso que se apresentar voluntariamente dentro do prazo de um ano, a contar do último dia marcado para a apresentação, terá sua pena reduzida em 1/3. Romeiro (1994) assevera que pouco importa as razões que motivaram o insubmisso a apresentar-se e ressalta que a lei não exige que a apresentação seja espontânea e sim voluntária.

A jurisprudência tem descaracterizado o ilícito quando há erro da autoridade militar, nulidades no termo de insubmissão, ou ainda, quando se verifica a ausência de dolo por parte do conscrito. Nesse sentido, os julgados abaixo colacionados:

Termo de insubmissão lavrado indevidamente. Desconhecimento pelo conscrito da data e local para incorporação. Vício da ação administrativa militar. Condição de refratário do paciente e não de insubmisso. HC conhecido. Concessão da ordem, anulado o termo de insubmissão. Imediata soltura do paciente, em face da ilegalidade da prisão. Decisão unânime. (STM - HC n. 33.022-4).

Termo de insubmissão lavrado indevidamente tendo em vista não ter sido o paciente cientificado do local e da data em que deveria se apresentar para ser incorporado à fileira do Exército. Inexistência, pois, da conduta típica descrita no art. 183 do COM, conhecido o writ e concedida a ordem para anular o Termo de Insubmissão por falta de justa causa, com o conseqüente trancamento da Instrução Provisória. Decisão unânime. (STM - HC n. 32.959-5).

Termo de Insubmissão. Erro administrativo. Anulação. Constatada falha de comunicação entre a 7ª CSM e o 1º RCGd, sem qualquer culpa do Paciente, porquanto este tinha a sua incorporação adiada, havendo se apresentado regularmente na Junta, impõe-se a anulação do Termo de Insubmissão indevidamente lavrado pela Administração Militar. Ordem concedida. Decisão unânime. (STM – HC n. 2001.01.033639-7).

Oportuno salientar que o crime de insubmissão é previsto somente em tempo de paz.¹⁹ O delito similar à insubmissão, em tempo de guerra, seria a falta de apresentação, prevista no artigo 393 do Código Penal Militar, *in verbis*:

Art. 393 - Deixar o convocado, no caso de mobilização total ou parcial, de apresentar-se, dentro do prazo marcado, no centro de mobilização ou ponto de concentração:

Pena - detenção, de um a seis anos.

Parágrafo único. Se o agente é oficial da reserva, aplica-se a pena com aumento de um terço.

5.2 O PROCESSO E JULGAMENTO DO INSUBMISSO

Pode-se afirmar que o processo e julgamento do insubmisso possui duas etapas, ambas

¹⁹ Os crimes militares em tempo de guerra estão elencados no livro II do Código Penal Militar, mais precisamente nos artigos 355 a 408.

previstas no Código de Processo Penal Militar: uma administrativa, cujos atos são presididos pelo militar comandante da Organização Militar e têm como objetivo reunir documentos para eventual denúncia do sujeito ativo; e outra judicial, que é a ação penal propriamente dita.

A ação penal do crime de insubmissão possui rito especial, previsto nos artigos 463 a 465 do Código de Processo Penal Militar. Conforme se depreende do art. 463 do mencionado diploma legal, para viabilizar eventual propositura da ação penal militar, faz-se necessário um procedimento prévio, realizado no âmbito da Organização Militar e de competência da autoridade militar, normalmente o comandante da Organização Militar. É a chamada instrução provisória de insubmissão (IPI), que tem como peça prefacial o termo de insubmissão.

Consumado o crime, o comandante ou autoridade correspondente da unidade para qual fora designado o insubmisso fará lavrar o termo de insubmissão circunstanciado, com a indicação de nome, filiação, naturalidade e classe à qual pertencer o insubmisso e a data em que deveria se apresentar. O termo é assinado pelo comandante ou autoridade correspondente e por duas testemunhas (ANEXO B).

O termo de insubmissão é acompanhado por outros documentos, todos de responsabilidade da autoridade militar, quais sejam, parte de ausência do conscrito, cópia do boletim interno que publicou o termo de insubmissão, ficha de cadastro do serviço militar e cópia autêntica do documento que comprova o conhecimento, pelo conscrito, do local e data de sua apresentação. Tais documentos constituem a instrução provisória de insubmissão, que têm o caráter de instrução provisória destinada a fornecer elementos necessários à propositura da ação penal, constituindo-se em elemento legal autorizador da captura do insubmisso para efeito de incorporação (art. 463, § 1º, Código de Processo Penal Militar).

A instrução provisória de insubmissão deverá ser remetida à Auditoria Militar. Uma vez autuada, será dado vista ao representante do Ministério Público Militar, pelo prazo de cinco dias. Em não sendo requerida nenhuma diligência, o processo ficará em cartório até a captura ou apresentação voluntária do insubmisso.

O insubmisso que se apresentar voluntariamente ou for capturado terá direito ao quartel por menagem, vale dizer que ele não ficará recluso em uma cela, mas sua liberdade restringir-se-á ao recinto do quartel. O insubmisso deve ser submetido à inspeção de saúde por uma junta médica. Se considerado incapaz para o serviço militar, ficará isento da inclusão nas fileiras das Forças Armadas e, conseqüentemente do processo penal militar, sendo os

autos arquivados. Se for considerado apto para o serviço militar, o insubmisso será imediatamente incorporado à Organização Militar.

A ata da inspeção de saúde, assinada por dois médicos, bem como o documento comprobatório da incorporação do insubmisso devem ser remetidas à Auditoria Militar e juntadas aos autos em cartório. Após, abre-se vista para o representante do Ministério Público Militar, que poderá requerer o arquivamento, as diligências que entender necessárias ou oferecer denúncia.

Importante ressaltar que a qualidade de militar é condição de procedibilidade da ação penal. Vale dizer que, se o insubmisso não for incorporado à Força para a qual havia sido designado, não poderá ser oferecida denúncia. O crime subsiste, mas a ação penal não pode ser proposta porque lhe falta uma condição específica de procedibilidade.

Tourinho Filho (2001, p. 477) ensina que:

[...] das condições de procedibilidade ou da ação, umas são exigidas sempre, e outras tornam-se necessárias num ou noutro caso. Isto posto, podemos distingui-las em condições genéricas e condições específicas. As primeiras são aquelas sempre indispensáveis ao exercício da ação penal e que devem coexistir (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade ad causam e interesse de agir). As específicas, como a própria denominação está a indicar, são aquelas a que fica subordinado, em determinadas hipóteses, o direito de ação penal.

Com efeito, a qualidade de militar não integra o tipo, mas constitui condição de procedibilidade específica, prevista no artigo 464, *caput* e §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal Militar.

Durante o curso do processo penal, o insubmisso permanece no recinto do quartel, recebendo instrução militar. A lei estipula um prazo máximo para a menagem: se o réu não for julgado dentro de 60 dias, a contar de sua captura ou apresentação voluntária, sem que para isto tenha dado causa, será posto em liberdade (art. 464, § 3º do Código de Processo Penal Militar).

Conforme já mencionado, o insubmisso, por não ter ainda adestramento militar, fica sujeito à instrução militar durante o curso do processo e o cumprimento da pena. O cômputo do tempo da prestação do serviço militar obrigatório inicia-se somente ao término daquela. Vale dizer que o insubmisso condenado prestará o serviço militar inicial pelo tempo da pena

cominada e, após o cumprimento desta, será posto em liberdade (cessa a menagem) e terá início o cômputo dos 12 meses da prestação do serviço militar propriamente dito. O insubmisso tem direito à detração da pena imposta em relação ao período em que ficou sob menagem no quartel no curso da ação penal.

O Regulamento da Lei do Serviço Militar excetua, contudo, a prestação do serviço militar inicial pelo insubmisso em algumas situações, dentre elas, o insubmisso que, após a absolvição ou cumprimento da pena, tenha adquirido a condição de arrimo de família²⁰. Constatada a condição de arrimo, ele será desincorporado, não prestando o serviço militar inicial (art. 140, §§ 1º e 5º) e recebendo o Certificado de Dispensa de Incorporação. Caso já tenha prestado parte do serviço militar, fará jus ao Certificado de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado.

É vedada a suspensão condicional da pena ao condenado pelo crime de insubmissão (art. 617, II, a, do Código de Processo Penal Militar), o que se justifica em razão da espécie de pena cominada ao delito, qual seja, o impedimento.

Em sede de insubmissão, não existe condenação por revelia. É indispensável, para o início do processo especial, a presença física do insubmisso. Até porque, a inspeção de saúde e incorporação do convocado às fileiras é condição de procedibilidade da ação penal.

Por fim, oportuno mencionar que o artigo 266 do Código de Processo Penal Militar, que autoriza a cassação da menagem pela autoridade militar, por conveniência da disciplina, tornou-se inaplicável em razão do disposto no artigo 464 do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei n. 8.236/1991. Vale dizer que, com a apresentação ou captura do insubmisso, este passa à disposição da autoridade judiciária. Por isso, somente o magistrado pode cassar a menagem, de ofício, mediante representação da autoridade militar ou requerimento do Ministério Público Militar.

5.3 CRIME PRÓPRIA OU IMPROPRIAMENTE MILITAR?

Conforme já exposto, para a maioria dos doutrinadores pátrios, que seguem a corrente clássica (romana), os crimes propriamente militares são aqueles que somente o militar pode cometer; aquele que é inerente à função e ao cargo militar. Nos dizeres de Bandeira (1915),

²⁰ Pessoa que ampara uma família, ministrando-lhe os meios de subsistência (FERREIRA, 1986).

são os crimes que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado. E os crimes impropriamente militares seriam os crimes comuns em sua natureza, que podem ser praticados por qualquer cidadão, mas quando praticado por militar em determinadas condições, a lei os considera militares. Nesse diapasão, a insubmissão seria um crime impropriamente militar.

Apenas para lembrar, existe uma outra corrente doutrinária, baseada na legislação italiana, que considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar, sem correspondência na lei penal comum. Para essa corrente, não é necessária a condição de militar para que o crime propriamente militar se configure. Assim, nessa classificação, seriam propriamente militares todos os crimes cometidos por civis contra a instituição, a administração ou o serviço militar, incluindo-se, pois, dentre esses, a insubmissão.

Romeiro (1994) afirma que adeptos da doutrina clássica incluem, como exceção, o crime de insubmissão dentre os propriamente militares. Argumenta-se a favor dessa exceção que a insubmissão consiste em evidente infração a um dever exclusivamente militar e exige como condição de procedibilidade da ação penal a qualidade de militar do agente, ou seja, a incorporação do civil convocado e declarado insubmisso.

No entanto, para a doutrina majoritária brasileira o crime de insubmissão é impropriamente militar, haja vista não estar relacionado ao exercício da função do cargo militar. Ao contrário, é exigida a qualidade de civil do sujeito ativo.

Gusmão (apud LOBÃO, 2004, p. 77), nos idos de 1915, já afirmava que

A tendência moderna e verdadeira é a que propugna que só podem ser considerados crimes militares aqueles que só pelo militar podem ser cometidos, constituindo, assim, uma infração específica, pura, funcional ou de serviço.

Novamente os ensinamentos de Lobão (2004), para quem os crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar serão impróprios quando cometidos por civil ou quando cometidos por militar sem violação da permissão constitucional de tutelar as instituições militares. Para o autor, portanto, a insubmissão, delito cometido por civil, é crime impropriamente militar.

Para Assis (2003a), a insubmissão é um crime acidentalmente militar. Esclarece o autor que o delito versado não pode ser considerado propriamente militar pela ausência da condição que lhe é intrínseca: a qualidade de militar de quem o comete. E, se de acordo com o critério *ex vis legis* do artigo 9º do Código Penal castrense, é crime militar, só pode ser accidental porque de mão própria, ou seja, somente pode ser cometido por civil convocado para o serviço militar obrigatório.

Lobão (2004, p. 340), por sua vez, afirma que a insubmissão é crime impropriamente militar, “[...] porquanto não diz respeito ao exercício do cargo militar, ao contrário, é exigida a qualidade de civil do sujeito ativo”. Afirma, ainda, que a condição de procedibilidade exigida para a propositura da ação penal não altera a classificação do crime em impropriamente militar.

Em crítica aos franceses, que incluíram a insubmissão como crime especificamente militar, Gusmão (LOBÃO, 2004, p. 81-82), afirmava:

O insubmisso ainda não pertence à fileira, ainda não é um integrante desse organismo militar e, pois, não se compreende como possa praticar um crime especificamente militar. O seu crime é contra a nação, não se sujeitando ao dever de cidadão, não prestando a sua quota-parte na dívida de sangue; o insubmisso não entrou em contato, não respirou essa atmosfera específica de deveres e obrigações, que formam o meio militar, e, sem tal acontecer, é desumano e cruel pretender que ele já seja um adaptado a esse ambiente que ainda lhe é desconhecido, a um conjunto de princípios e regras que lhe são estranhos.

Romeiro (1994) acrescenta que crimes impropriamente militares seriam também todos os crimes praticados por civis que a lei define como militares, mas inova ao classificar o delito em comento como propriamente militar. Para o autor, considerando que o crime de insubmissão é incluído entre os crimes propriamente militares pelos seguidores da teoria clássica, na medida em que a ação penal contra o insubmisso só é possível quando ele adquire a condição militar, poder-se-ia formular uma nova teoria para conceituar os crimes propriamente militares com base no direito da ação penal. Crime propriamente militar seria, então, aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar.

Lobão (2004, p. 78), contudo, faz críticas à nova doutrina de Romeiro:

Jorge Alberto Romeiro, para justificar a inclusão da insubmissão na categoria de crime propriamente militar, formulou o que denominou de

“nova doutrina”, segundo a qual “crime propriamente militar seria aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar”. Constituindo-se em variação não muito feliz da doutrina processualista [para a doutrina processualista mencionada pelo autor seria crime militar aquele que é processado e julgado pela Justiça Militar. O critério que classificaria o delito em comum ou militar seria a especialidade da justiça. Um critério processual, portanto] a “nova doutrina” não se sustenta em confronto com o elenco de crimes definidos no Código Penal Militar cuja ação penal só pode ser proposta contra militar, mas que de, alguma forma, se ajustam ao conceito de crime propriamente militar. São eles: abandono de pessoas (art. 212); violação de correspondência (art. 227, § 1º, 2º, com a ressalva do § 4º); violação de conteúdo de documento particular e violação de recato (arts. 228 e 229, com a ressalva do art. 231); corrupção de menores (art. 234); delitos equiparados ao estelionato (art. 251, § 1º, inc. I a IV, com a ressalva do § 2º); recusa de exercer função na Justiça Militar (art. 340). Poderiam, ainda, ser citados, o abuso de função em serviço postal e telegráfico (art. 227, § 3º, apesar de não incluído na ressalva do § 4º), fuga de preso na modalidade culposa (art. 179), além de outros. A enumeração dispensa comentários.

Assim, observa-se que, para a doutrina brasileira dominante, a insubmissão é crime impropriamente militar. Mas o Superior Tribunal Militar considera a insubmissão crime propriamente militar.²¹

A definição da insubmissão como crime própria ou impropriamente militar é necessária e importante porque, além do permissivo constitucional para a prisão nos crimes propriamente militares (art. 5º, LXV), há também os antecedentes para efeito de reincidência, que não são considerados no caso de crime militar próprio.

Necessário, pois, a edição de lei pelo Poder Legislativo, a fim de definir quais os crimes propriamente militares, o que pacificaria essas questões.

²¹ STM. Recurso Criminal n. 2003.01.007077-5, publicado no DJ em 02/06/2003.

5.4 A NECESSIDADE DE REFORMA

Já no início da década de 1920, o então Ministro Pandiá Calógeras propunha mudanças na lei, com o intuito de adequar o rigor da lei antiga aos novos tempos vividos pelo país. Uma de suas proposições era o cumprimento em dobro do tempo de serviço militar, que na época também era de 12 meses, como pena aos insubmissos.

Percebe-se que, no tocante à pena cominada, houve um abrandamento com a entrada em vigor do atual Código Penal Militar, que introduziu o impedimento como nova modalidade de pena. Antes o insubmisso ficava detido (pena de detenção de quatro meses a um ano), agora fica sob menagem no quartel (no curso da ação penal militar e pelo tempo da pena imposta, que varia de três meses a um ano).

Mas há duas questões que envolvem o delito e merecem maior atenção. Passar-se-á a analisá-las.

5.4.1 A prisão do insubmisso

A questão que se coloca, então, ao considerar-se a insubmissão como crime imprópriamente militar, é que a este delito não se estenderia a permissão constitucional do artigo 5º, LXI, *in verbis*: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Como explicar, então, a captura do insubmisso pela autoridade militar, com a conseqüente restrição da liberdade às dependências da Organização Militar?

Arruda (2005) afirma que os termos de insubmissão, lavrados por autoridade administrativa, como visto, têm sido reconhecidos como título válido para a captura e privação da liberdade dos insubmissos, na medida em que se tem entendido como permissivo constitucional a ressalva para os crimes propriamente militares. Essa, inclusive, é a posição do Superior Tribunal Militar, consubstanciada no julgado que abaixo se transcreve:

HABEAS CORPUS. NULIDADE DE TERMO DE INSUBMISSÃO. A não

apresentação do conscrito decorreu de força maior, por se encontrar preso em distrito policial, desde data anterior à designada para apresentação, cujo fato era do conhecimento do Comandante da Unidade, mesmo antes da lavratura do equivocado Termo de Insubmissão. Embora não se inspire justa causa para a ação penal, continua o Termo referido a ensejar receio de prisão, por ser o "instrumento legal autorizador da captura do insubmisso" (artigo 463, §1º, CPPM). Pedido conhecido. Ordem concedida. Decisão unânime. (STM - HC n. 1998.01.033370-3-SP, julgado em 03/09/1998).

Assevera Arruda (2005), que a questão que se coloca é um tanto complexa, haja vista as definições doutrinárias de crime propriamente militar, que exigem a qualidade de militar do agente. O crime de insubmissão pressupõe justamente a condição de civil do agente, qual seja, o convocado à incorporação nas fileiras. Para Arruda (2005, p. 9-10), a questão nuclear a ser enfrentada é que o legislador ordinário ainda não definiu, como determina a Constituição Federal²², quais são os crimes propriamente militares, e conclui:

Somente se, e quando, o Congresso Nacional se manifestar explicitamente, definindo os crimes militares que se enquadram na categoria dos crimes propriamente militares, qualquer que seja a corrente doutrinária acolhida, poderá a autoridade administrativa militar lavrar Termos de Deserção e Insubmissão válidos como título executivo para captura. Outra não pode ser a conclusão, se atentarmos para o princípio da reserva legal [...].

A permissão constitucional excetua a prisão para os crimes propriamente militares definidos em lei. Ora, não há lei que defina o que seja crime militar. O Código Penal Militar limita-se a elencar critérios para definir o crime militar. A lei também não definiu o crime militar próprio e o impróprio. Para a doutrina majoritária brasileira, o crime propriamente militar é aquele que exige a qualidade de militar, sendo, pois a insubmissão um crime impropriamente militar. Assim, sob a ótica constitucionalista, o delito em comento não seria alcançado pela permissão prevista no artigo 5º, LXI da Constituição Federal.

Para Romeiro (1994), a prisão do insubmisso não decorreria da conceituação do crime como propriamente militar, mas sim da situação de flagrância do crime. A prisão decorreria, pois, do próprio Código de Processo Penal Militar (art. 243 e 244, parágrafo único), na medida em que trata-se de crime permanente que autoriza, por si só, a prisão em flagrante delito.

²² Art. 5º, LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

No mesmo sentido também posiciona-se Lobão (2004, p. 350): “[...] por tratar-se de delito permanente, sujeita o insubmisso à prisão em flagrante”.

Esta parece ser a justificativa mais acertada para a prisão do insubmisso. A questão que suscita maiores discussões, contudo, é o fato dele ficar sob menagem na Organização Militar. Um civil, ignorante dos valores de hierarquia e disciplina que sustentam a vida na caserna, fica recluso às dependências do quartel, submerso em uma atmosfera de rígida disciplina, cercado por soldados, a maioria armados, enquanto aguarda o pronunciamento da Justiça Militar. Frise-se que mesmo o insubmisso que se apresentou voluntariamente submetesse a tal rigor. Além disso, ainda que seja considerado incapaz para o serviço militar após inspeção de saúde, ele fica sob menagem aguardando o pronunciamento da Justiça, que será pelo arquivamento do feito, uma vez ausente a condição de procedibilidade da ação penal militar.

Lobão (2004, p. 343) apresenta uma solução para a problemática apresentada, sugerindo que o crime de insubmissão seja considerado apenas uma infração disciplinar:

[...] a insubmissão, em tempo de paz, ajusta-se perfeitamente aos regulamentos disciplinares, retirando-lhe o caráter de infração penal, considerando-se as numerosas restrições a que fica sujeito, na vida civil, quem se encontra em débito com o serviço militar.

Data venia, tal solução não é a mais acertada, uma vez que o militar seria punido disciplinarmente por uma infração que teria cometido antes mesmo de ser militar. Ora, somente os militares estão sujeitos aos regulamentos disciplinares. Parece um tanto incongruente punir um militar por uma infração que somente o civil (o convocado para incorporação nas Forças e, portanto, não sujeito aos regulamentos disciplinares) pode cometer.

A solução que ora se propõe é punir o insubmisso com penalidade administrativa, tal qual é feito com o refratário. De fato, o insubmisso, enquanto civil, assemelha-se mais ao refratário que ao desertor. Nada mais sensato, pois, que a penalidade a ele imposta assemelhe-se à do refratário, qual seja, pena de multa, que poderia ser fixada em patamar mais elevado. A esta pena administrativa somam-se ainda as diversas restrições de ordem civil à que fica sujeito o cidadão que está em débito com o serviço militar. Além disso, a penalidade imposta ao insubmisso não geraria antecedentes criminais, nem na seara militar, nem na comum, pois ficaria restrita ao âmbito administrativo.

Tal reprimenda, além de ser mais proporcional à conduta do insubmisso, é suficiente para a prevenção do crime, mormente quando se considera o número reduzido de insubmissos nos últimos anos (ANEXO C).

5.4.2 A prescrição do crime

Além da questão já mencionada acerca da legalidade da prisão do insubmisso e seu recolhimento ao recinto do quartel, outra questão interessante que se coloca é a prescrição do crime, que é diferenciada dos demais crimes militares e frise-se, bem mais severa.

A prescrição é regulada pelo artigo 125 do Código Penal Militar, *in verbis*:

Art. 125 - A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, **regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime**, verificando-se:

I - em trinta anos, se a pena é de morte;

II - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

III - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;

IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

V - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;

VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

§ 1º - Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.

§ 2º - A prescrição da ação penal começa a correr:

a) do dia em que o crime se consumou;

b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

d) nos crimes de falsidade, da data em que o fato se tornou conhecido. (grifo nosso).

Mas em relação à insubmissão, ela está prevista no artigo 131, *in verbis*: “Art. 131 - A

prescrição começa a correr, no crime de insubmissão, do dia em que o insubmisso atinge a idade de trinta anos”.

Portanto, a prescrição do crime de insubmissão começa a correr somente do dia em que o insubmisso atinge a idade de 30 anos, e não da data em que o crime se consumou, que é a regra geral estabelecida pelo art. 125, § 2º, alínea a. Como o crime do artigo 183 prevê uma pena de impedimento fixado entre três meses e um ano, sua prescrição, consoante a regra do artigo 125, VI, ocorrerá em quatro anos. Observa-se, assim, que a regra especial imposta pelo artigo 131 para a prescrição do crime *sub examine*, independe da data em que o crime foi cometido, pois estabelece como termo inicial da contagem do prazo prescricional a data do 30º aniversário do insubmisso para, a partir desta, conjugar-se com a regra do artigo 125, inciso VI, do Código Penal Militar.

Destarte, o prazo prescricional para o crime de insubmissão tem como termo inicial, independente de qualquer outro fator, o aniversário de 30 anos do insubmisso e a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição dar-se-á no dia em que ele completar 34 anos, por força do disposto no art. 125, inciso VI, combinado com o art. 131, ambos do Código Penal Militar.

Assim já decidiu o Superior Tribunal Militar:

Ementa Hábeas Corpus – Crime de insubmissão – Extinção da Punibilidade – Regra especial do art. 131, c/c o art. 125, VI, do CPM. Sendo a insubmissão crime de natureza permanente, a prescrição, em relação a ele, começa a correr na data em que cessa a permanência, ou seja, quando o insubmisso que se furtou à incorporação no devido tempo comparece voluntariamente à unidade militar ou é capturado (Regra geral do art. 125, § 2º, letra ‘c’ do CPM). No entanto, a partir do momento em que o insubmisso completa 30 anos, a prescrição tem início mesmo durante a consumação do referido crime (Regra especial do art. 131 do CPM). Nesta situação o prazo prescricional só se configura com o advento da idade. Se a partir deste momento o prazo da prescrição se concretiza, a punibilidade estará extinta. Decisão unânime. (STM – HC nº 2003.01.033868-3-RS, Relator Ministro Olympio Pereira Júnior, julgado em 19/02/04).

Assis (2003b, p. 123) afirma que não existe razão, de ordem social ou institucional, que justifique este rigorismo acentuado na ocorrência do consagrado instituto da prescrição em relação ao crime de insubmissão:

O lapso temporal para a ocorrência da prescrição – tanto no direito penal comum como no Direito Penal Militar, está diretamente relacionado com o

máximo previsto para a pena privativa de liberdade, em cada crime; significa dizer: quanto maior a pena privativa de liberdade, maior o lapso temporal para a ocorrência da prescrição.

Assim, pode-se afirmar que a regra da prescrição para o insubmisso (art. 131 Código Penal Militar) está em visível descompasso com a própria sistemática do Código Penal Militar ao regular a matéria, o que gera desproporcionalidades inusitadas, pois, a prescrição para o insubmisso que comete o delito aos 18 anos de idade acaba por ser maior ou igual à prescrição de diversos crimes militares muito mais graves, como lesão corporal grave (art. 209, §1º), seqüestro ou cárcere privado (art. 225), estupro (art. 232), apropriação indébita (art. 248), estelionato (art. 251), incêndio (art. 268), tráfico de entorpecentes (art. 290), corrupção passiva (art. 308), falsificação de documento (art. 311), falsidade ideológica (art. 312), dentre outros.

Assis (2003b) propõe a elaboração de um projeto de lei que revogue o mencionado dispositivo legal, a fim de que a prescrição do crime de insubmissão (bem como da deserção, à qual também é dado tratamento prescricional diferenciado e mais severo) flua no lapso temporal do artigo 125 do Código Penal Militar, conforme demais crimes militares.

Tal medida é, sem dúvida, salutar e necessária a fim de sanar os descompassos da lei penal militar, adequando o mencionado instituto à sistemática do Código Penal Militar e do Direito Penal como um todo.

6 CONCLUSÃO

A peculiaridade da vida na caserna exige sacrifícios extremos (como dar a própria vida pela Pátria). Tal fato justifica a existência do Direito Penal Militar, um ramo especial do Direito Penal, que tutela situações especiais. Nas palavras de Assis (2005), “para condições tão especiais de trabalho, especial também deve ser o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto os interesses da Instituição como os direitos dos que a ela se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão dos direitos dos militares.” Mas é justamente em razão do objeto da tutela penal que a lei penal militar, excepcionalmente, aplica-se ao civil.

O crime de insubmissão está diretamente vinculado ao serviço militar obrigatório. O serviço militar no Brasil remonta à época da colonização, quando os índios e colonos organizaram-se em defesa da terra, mas a obrigatoriedade da prestação deste serviço para todos os jovens cidadãos do sexo masculino efetivou-se somente em 1916, após notável campanha cívica do poeta Olavo Bilac. A adoção do serviço militar obrigatório no Brasil ocorreu em um contexto histórico conturbado, tanto no plano interno quanto no externo. O país fora cenário de diversas revoltas internas e a Guerra do Paraguai havia consumido os efetivos do Exército. Era necessário formar uma identidade nacional; era preciso fortalecer o Exército para que ele pudesse bem desempenhar suas finalidades constitucionais de defesa da Pátria.

Houve grande resistência por parte da sociedade na implantação do serviço militar obrigatório, em razão dos processos de recrutamento que eram empregados à época. Não se concebia que cidadãos “de bem” fossem sujeitar-se ao rigor da vida na caserna. Até então, os soldados recrutados eram de classes pobres e pouco instruídas e faziam do serviço militar seu meio de vida. O Exército era uma, senão a única, oportunidade de subsistência para essas pessoas.

Ao considerarmos o crime de insubmissão em tal contexto, entende-se as

peculiaridades e o tratamento severo dado pela norma ao civil: a captura, a prisão disciplinar, a prescrição diferenciada. Àquela época, tal rigidez era necessária para garantir a aplicabilidade da norma que implementou o serviço militar obrigatório. O rigor da norma penal e processual penal para com o insubmisso justificava-se em razão da grande resistência da sociedade, e em especial dos cidadãos do sexo masculino, em cumprir a lei. Havia também um ideal maior perquirido, qual seja, a criação de uma identidade nacional, de um Exército forte e unido.

Passados quase cem anos, obviamente o contexto histórico é outro. O objetivo almejado pelo Exército foi alcançado. Hoje, é uma Instituição forte, que atua em todo o país, nos lugares mais longínquos, bem desempenhando suas funções constitucionais, e tantas outras mais, em prol do bem-estar e segurança de nossa sociedade. Sabe-se que o Exército é a única Instituição presente em todo o território nacional, inclusive nas entranhas da extensa Amazônia e em locais longínquos como o Forte Coimbra, encravado no Rio Paraguai, há cerca de 250 km, via fluvial, de Corumbá/MS.

Portanto, considerando o contexto histórico atual, não há justificativas para o rigor da norma penal e processual penal imposta ao insubmisso, que repita-se, é civil, desconhecedor dos valores de hierarquia e disciplina que sustentam a vida militar. Embora seja necessário adquirir o civil a qualidade de militar para ser processado, ele tem sua liberdade restringida durante o curso da Instrução Provisória de Insubmissão, bem como durante o curso do processo penal. Fica recluso às dependências do quartel, submerso em uma atmosfera de rígida disciplina, cercado por soldados armados, enquanto aguarda o pronunciamento da Justiça Militar.

Some-se a isto as garantias penais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, que refletem nos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, nos processos administrativos e judiciais, e garante a liberdade de locomoção a todos, excetuando os casos de flagrante delito, ordem fundamentada de autoridade judicial, crimes propriamente militares e transgressões disciplinares. Conforme demonstrado, a insubmissão não é crime propriamente militar, não adequando-se, pois, ao permissivo constitucional. Embora alguns autores defendam a legalidade da prisão do insubmisso por trata-se de crime permanente, outros forcem uma interpretação para definir o delito como propriamente militar e, assim, adequá-lo à Constituição.

Necessário, pois, que o Poder Legislativo defina, através de lei, o que seja crime

propriamente militar, a fim de pacificar a questão da legalidade da prisão do insubmisso, de modo a permiti-la (crime propriamente militar) ou proibi-la (crime impropriamente militar). Conforme o estudo elaborado no presente trabalho, seria a decisão mais acertada, corroborada pela corrente doutrinária dominante e pelos princípios garantistas e humanitários do Direito Penal Moderno, seria proibi-la, na medida em que não se enquadraria no dispositivo constitucional que excepciona a prisão nos crimes propriamente militares.

É necessário também que a prescrição do delito em comento seja repensada, rediscutida e revogada, na medida em que, conforme demonstrado, está em descompasso com a sistemática do próprio Código Penal Militar e também com os já mencionados princípios garantistas e humanitários do Direito Penal Moderno.

Uma solução proposta é punir o insubmisso com penalidade administrativa, tal qual é feito com o refratário. De fato, o insubmisso, enquanto civil, assemelha-se mais ao refratário que ao desertor. Nada mais sensato, pois, que a penalidade a ele imposta assemelhe-se à do refratário, qual seja, pena de multa, que poderia ser fixada em patamar mais elevado. A esta pena administrativa somam-se ainda as diversas restrições de ordem civil à que fica sujeito o cidadão que está em débito com o serviço militar. A penalidade imposta ao insubmisso não geraria antecedentes criminais, nem na seara militar, nem na comum, pois ficaria restrita ao âmbito administrativo. Tais medidas, sem dúvida, seriam reprimendas proporcionais à infração cometida, sobremaneira quando estamos diante da corrente do Direito Penal Mínimo, que aos poucos vai ganhando adeptos e se incorporado ao ordenamento jurídico pátrio.

Cumprе ressaltar que não se pretende, neste singelo trabalho, discutir a obrigatoriedade do serviço militar. Busca-se apenas demonstrar o tratamento demasiadamente severo dado pela norma penal e processual penal ao insubmisso, o que não se justifica no contexto atual.

Considerando a dimensão, força e solidez das Forças Armadas enquanto Instituição Permanente; considerando os excessos de contingente para o serviço militar inicial; considerando que o sujeito ativo do crime é civil, desconhecedor dos princípios que norteiam a vida militar; considerando que ele fica recluso nas dependências do quartel; considerando que se ele for julgado inapto para o serviço militar na inspeção de saúde, os autos de Instrução Provisória de Insubmissão serão arquivados; considerando, por fim, a tendência humanitária do Direito Penal Moderno, não há como sustentar a necessidade do rigor das normas penais e processuais impostas ao insubmisso.

Percebe-se que a tendência é que o rigor da norma seja atenuado com o passar do tempo, na medida em que a implementação efetiva dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Cidadã for se concretizando. Mas tal evolução somente é possível através de críticas, que viabilizam discussões e, conseqüentemente, mudanças de pontos de vista e de paradigmas.

REFERÊNCIAS

ACKER, Celso Henrique. Quinhentos anos de guerras e serviço militar. **Revista Espaços da Escola**, Ijuí, v. 9, n. 36, p. 59 - 77, abr./jun. 2000.

ALISTAMENTO militar obrigatório: como e onde surgiu? Disponível em: <http://members.tripod.com/viagenspelabibliotec/geral/alistamento_militar.htm>. Acesso em: 12 mar. 2005.

ARRUDA, João Rodrigues. **Os crimes propriamente militares e o princípio da reserva legal**. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br>>. Acesso em: 30 maio 2005.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar - parte especial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003a.

_____. **Direito Militar**: aspectos penais, processuais penais e administrativos. Curitiba: Juruá, 2003b.

_____. **Os regulamentos disciplinares e o respeito aos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2005.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

BATISTA, Rogério Ramos; REZENDE, Fábio Teixeira. A competência da justiça militar para as ações contra atos disciplinares. **Revista Direito Militar**, Santa Catarina, v. 52, p. 28-30, mar./abr., 2005.

BENTO, Cláudio Moreira. Serviço militar obrigatório no Brasil: sua implementação através do 1º sorteio militar. **A Defesa Nacional**: revista de assuntos militares e estudos de problemas brasileiros, Rio de Janeiro, v. 75, n. 729, p. 120-139, jan./fev. 1987.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSULADO GERAL DA REPUBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Serviço militar obrigatório na República Federal da Alemanha**. Disponível em: <http://www.rio-de-janeiro.diplo.de/pt/04/militar__de.html>. Acesso em: 12 mar. 2005.

- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DIRETORIA DO SERVIÇO MILITAR. **Serviço militar obrigatório**. Disponível em: <<http://www.dgp.eb.mil.br/dsm/index.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2005.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 2002.
- ESTADO MAIOR DAS FORÇAS ARMADAS. Comissão de Serviço Militar. **Guia do reservista e do dispensado do serviço militar inicial**. Rio de Janeiro, 1968.
- EXÉRCITO BRASILEIRO. **No que consiste o Serviço Militar?** Disponível em: <<http://www.exercito.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- LOPES, Moacir Araújo. **Expressão de civismo: o serviço militar - o que o brasileiro precisa saber sobre o serviço militar**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Setor de Educação Cívica, 1967.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas. 1995.
- MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- MINISTÉRIO DA DEFESA. Seção do Serviço de Justiça. 9ª RM. **Normas de orientação sobre insubmisso**. Campo Grande, 2002.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEIXEIRA, Sílvio Martins. **O novo código penal militar do Brasil – Decreto-Lei n. 6277, de 24 de janeiro de 1944**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

ANEXOS

ANEXO A – Artigos de Guerra do Conde de Lippe

Regulamento português editado em 1763, transcrito em sua grafia original.

Artigo 1º – Aquelle que recusar, por palavras, ou discursos, obedecer às ordens dos seus Superiores, concernentes ao serviço, será condenado a trabalhar nas Fortificações; porém se se Lhe oppozer, servindo-se de qualquer arma, ou ameaça, será arcabuzado.

Artigo 2º – Todo o Official, de qualquer graduação que seja, que estando melhor informado, der aos seus Superiores por escripto, ou de boca, sobre qualquer objecto militar, alguma falsa informação, será expulso com infamia.

Artigo 3º – Todo Official, de qualquer graduação que seja, ou official inferior, que, sendo atacado pelo inimigo, desamparar o seu posto, sem ordem, será punido de morte. Porém quando fôr atacado por um inimigo superior em forças, será preciso provar perante um Conselho de Guerra, que elle fez toda a defesa possível, e que não cedeu senão na maior, e última, extremidade: mas se tiver ordem expressa para não se retirar, succeda o que succeder; neste caso nada poderá escusar, porque é melhor morrer no seu posto, do que deixa-lo.

Artigo 4º – Todo o Militar que commetter uma fraqueza, escondendo-se, ou fugindo, quando fôr preciso combater, será punido de morte.

Artigo 5º – Todo o Militar que, em uma batalha, acção, ou combate, ou em outra occasião de Guerra, der um grito de espanto, como dizendo: O inimigo nos tem cercado – nós somos cortados – quem puder escapar-se -, ou qualquer palavra semelhante, que possa intimidar as Tropas; no mesmo instante o matará o primeiro official mais próximo, que o ouvir, e se por acaso isso lhe não succeder, será logo preso, e passará pelas armas por Sentença do Conselho de Guerra.

Artigo 6º – Todos são obrigados a respeitar as sentinellas, ou outras guardas; aquelles que o não fizer será castigado rigorosamente: e aquelles que o não fizer será castigado rigorosamente: e aquelle que acatar qualquer sentinella será arcabuzado.

Artigo 7º – Todos os officiaes inferiores e soldados devem ter toda a devida obediência, e respeito aos seus Officiaes, do primeiro até o ultimo em geral.

Artigo 8º – Todas as differenças, e disputas são prohibidas, sob pena de rigorosa prisão; mas se succeder a qualquer soldado ferir o seu camarada á traição, ou o matar, será condemnado ao carrinho perpetuamente, ou castigado com pena de morte, conforme as circunstâncias.

Artigo 9º – Todo o soldado deve achar-se onde fôr mandado, e á hora, que se lhe determinar, posto que não lhe toque, sem murmurar, nem pôr difficuldades; e se entender, que lhe fizeram injustiça, depois de fazer o serviço se poderá queixar; porém sempre com toda a moderação.

Artigo 10º – Aquelle que fizer estrondo, ruído, bulha, ou gritaria ao pé de alguma guarda, principalmente de noite, será castigado rigorosamente, conforme a intenção, com que o houver feito.

Artigo 11º – Aquelle que faltar a entrar de guarda, ou que fôr á parada tão bebado, que a não possa montar; será castigado no dia sucessivo com 50 pancadas de espada de prancha.

Artigo 12º – Se algum soldado se deixar dormir, ou se embebedar estando de sentinella, ou deixar o seo posto antes de ser rendido; sendo em tempo de paz, será castigado com 50 pancadas de espada de prancha, e condemnado por tempo de seis meses a trabalhar nas Fortificações; porém se fôr em tempo de Guerra será arcabuzado.

Artigo 13º – Nenhuma pessoa de qualquer gráo, ou condição que seja, entrará em qualquer Fortaleza, senão pelas portas, e lugares ordinarios, sob pena de morte.

Artigo 14º – Todo aquelle que desertar, ou que entrar em conspiração de deserção, ou que sendo informado della, a não delatar; se fôr em tempo de Guerra, será enforcado: e aquelle que deixar sua companhia, ou Regimento, sem licença, para ir ao lugar do seo nascimento, ou á outra qualquer parte que seja, será castigado com pena de morte, como se desertasse para fôra do Reino: e sendo em tempo de paz, será condemnado por seis annos a trabalhar nas Fortificações.

Artigo 15º – Todo aquelle que fôr cabeça de motim, ou de traição, ou tiver parte, ou concorrer para estes delictos, ou souber que se urdem, e não deletar a tempo os aggressores, será infallivelmente enforcado.

Artigo 16º – Todo aquelle que fallar mal do seo Superior nos corpos de guarda, ou nas companhias, será castigado aos trabalhos da Fortificação: porém se na indagação, que se fizer, se conhecer, que aquella murmuração não fora procedida sómente de uma soltura de língua, mas encaminhada á rebelião, será punido de morte, como cabeça de motim.

Artigo 17º – Todo soldado se deve contentar com a paga, com o Quartel, e com o uniforme, que se lhe der; e se se oppozer; não o querendo receber, tal qual se lhe der; será tido, e castigado como amotinador.

Artigo 18º – Todos os furtos, e assim mesmo todo o genero de violências para extorquir dinheiro, ou qualquer genero, serão punidos severamente; porém aquelle furto, que se fizer em armas, munições, ou outras causas pertencentes a Sua Magestade; ou aquelle que roubar o seo camarada, ou cometer furtos com fracção, ou fôr laddrão de estrada; perderá a vida conforme as circumstancias: ou também se qualquer sentinella commeter furto, ou consentir, que alguém commeta, será castigado severamente, e conforme as circumstancias incurso em pena capital.

Artigo 19º – Todo o soldado, que não tiver cuidado nas suas armas, no seu uniforme, e em tudo o que lhe pertence; que o lançar fôra, que o romper; ou arruinar de propósito, e sem necessidade; e que o vender; empenhar; ou jogar, será pelaprimeira, e segunda vez preso; porém á terceira punido de morte.

Artigo 20º – Todo o soldado deve ter sempre o seu armamento em bom estado, e fazer o serviço com as suas próprias armas: aquelle que se servir das alheias, ou as pedir emprestadas ao seu camarada, será castigado com prisão rigorosa.

Artigo 21º – Aquelle soldado, que contrahir dívidas ás escondidas dos seos Officiaes, será punido corporalmente.

Artigo 22º – Todo aquelle que fizer passaportes falsos, ou usar mal da sua habilidade, por

qualquer modo que seja, será punido com rigorosa prisão; porém se por este meio facilitar a fuga a qualquer desertor, será reputado, e punido como desertor.

Artigo 23º – Todo o soldado, que ocultar um criminoso, ou buscar meios para se escapar aquelle, que estiver preso como tal, ou o deixar fugir; ou sendo encarregado de o guardar, não pozer todas as precauções para este effeito, será posto no lugar do criminoso.

Artigo 24º – Se qualquer soldado commetter algum crime estando bebado, de nenhum modo o escusará do castigo a bebedice, antes pelo contrario será punido dobradamente, conforme as circumstancias do caso.

Artigo 25º – Todo o soldado, que de propósito, e deliberadamente se pozer incapaz de fazer o serviço, será condemnado ao carrinho perpetuamente.

Artigo 26º – Nenhum soldado poderá emprestar dinheiro ao seo camarada, nem ao Superior.

Artigo 27º – Nenhum soldado se poderá casar, sem licença do seo Coronel.

Artigo 28º – Todo o Official de qualquer graduação, que seja, que se valer do seo emprego para tirar qualquer lucro, por qualquer maneira que seja, e de que não pode interiramente verificar a legalidade, será infallivelmente expulso.

Artigo 29º – Todo o militar deve regular os seos costumes pelas regras da virtude, da candura, e da probidade: deve temer a Deos, reverenciar, e amar ao seo Rei, e executar exactamente as ordens, que lhe foram prescriptas.

ARTIGOS de Guerra. **Revista Direito Militar**, Santa Catarina, v. 52, p. 28-30, mar./abr., 2005.

ANEXO B – Termo de Insubmissão

TERMO DE INSUBMISSÃO

Aos _____ dias do mês de _____ do ano de dois mil e cinco, nesta cidade de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, no Quartel _____, o Comandante do citado Corpo verificou que o conscrito _____, filho de _____ e _____, natural de Campo Grande/MS, pertencente à classe de 1987, o qual foi selecionado e designado para prestar o serviço militar no _____, não se apresentou para ser incorporado até o dia _____, prazo limite para esse fim, determinado pelo Órgão competente das Forças Armadas, estando, assim, incurso na sanção penal do art. 183, do Código Penal Militar.

E para que conste do processo a que este responderá perante a Justiça Militar, mandou aquela autoridade que se lavrasse o presente TERMO DE INSUBMISSÃO, que vai por ela assinado, juntamente com duas testemunhas e comigo _____ (nome e patente), que o escrevi. (nome e patente do comandante da OM, do escrivão do termo e das testemunhas que dele participaram).

Comandante da OM

Escrivão do Termo

1ª Testemunha

2ª Testemunha

ANEXO C – Estatística de insubmissão

ESTATÍSTICA

TABELA 1 – Estatísticas para o crime de insubmissão no Exército Brasileiro

Ano Insubmissos 2003 62004 12005 17

TABELA 2 – Órgãos militares incorporados em 2005

Órgão Militar	Incorporados	Organização Militar da Ativa	1.380	Tiro de Guerra	330	NPOR	70	Total de incorporados	6.281
----------------------	---------------------	------------------------------	-------	----------------	-----	------	----	-----------------------	-------

Dados fornecidos pela Seção de Serviço Militar da 9ª Região Militar, em Campo Grande-MS.