

Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação.

Cícero Robson Coimbra Neves¹

Sob nosso enfoque, uma das principais dificuldades no estudo do Direito Penal está em diferenciar o delito militar do delito comum, sendo tal distinção de suma importância, uma vez que várias consequências tomarão corpo após tal posição.

Entendemos que o problema da distinção está exatamente na *tipicidade* (em sentido estrito). Em outras palavras, conhecendo bem o tipo legal dos crimes militares, o operador poderá, por exclusão, concluir que uma conduta delitativa em estudo caracteriza crime comum.

Nesse contexto, devemos conhecer bem a Parte Especial do Código Castrense, porém, também é fundamental o conhecimento do art. 9º do referido Códex, mormente em se tratando de casos em que a conduta apreciada satisfaça tanto um tipo legal do Código Penal Militar como um da legislação penal comum.

Diga-se, preliminarmente, que o art. 9º do CPM trata dos crimes militares em tempo de paz, portanto aqueles que o operador irá encontrar corriqueiramente, o que rogamos se

mantenha para todo o sempre.

Pois bem, ao ocorrer um fato em tese criminoso, a primeira medida é saber se a conduta verificada está tipificada na Parte Especial do Código Penal Militar, de modo a enquadrar as circunstâncias de fato à norma incriminadora.

Assim, *v. g.*, no serviço de Policiamento Ostensivo, um policial militar mata alguém. A primeira atitude a ser adotada é verificar se, nos crimes militares em tempo de paz (caso não haja a situação excepcional de guerra declarada), o ato de matar alguém está previsto no Código Penal Militar. O intérprete chegará à conclusão de que o art. 205 tipifica o fato, havendo a possibilidade da ocorrência de ilícito penal militar.

Contudo, essa tipificação, por si só, não basta para caracterizar o fato como crime militar, mesmo porque o art. 121 do CP também tipifica a conduta, podendo, da mesma forma, haver o ilícito penal comum. Nesse momento surge a necessidade da análise sistemática do Código Penal Militar, buscando a complementação do tipo legal previsto na Parte Geral, pelo art. 9º, que enumerará as circunstâncias em que o ilícito disposto na Parte Especial se caracterizará como militar (*tipicidade indireta*).

Obviamente, se o delito só estiver capitulado no Código Penal Militar, bastará, em regra, para que haja crime militar, a subsunção de acordo com os elementos dos tipos legais, constantes da Parte Especial, salvo se o agente for militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) ou civil, quando será imprescindível a complementação pelo inciso III do art. 9º.

Por vezes, no entanto, a decisão por

¹ Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, servindo na Corregedoria da Instituição. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Especializando em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Polícia Judiciária Militar do Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores (CAES) e de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Professor Âncora e Coordenador da Pós-graduação Televirtual em Direito Militar da Rede LFG.

crime comum ou militar será muito complexa, suscitando-se um verdadeiro conflito de normas que, embora aparente, deve ser solucionado para não possibilitar dupla interpretação.

O conflito aparente de normas (ou concurso aparente de normas) é a “situação que ocorre quando ao mesmo fato, parecem ser aplicadas duas ou mais normas, formando um conflito apenas aparente. Surge no universo da aplicação da lei penal, quando esta entra em confronto com outros dispositivos penais, ilusoriamente aplicáveis ao mesmo caso”².

Para a solução dos aparentes conflitos que eventualmente surjam, os operadores do Direito, para a escolha da norma penal adequada para abranger o caso analisado, lançam mão de alguns princípios, a saber: *especialidade*, *subsidiariedade*, *consunção* e *alternatividade*.

Por aplicação do princípio da especialidade, toda vez que houver a possível (entenda-se, possibilidade aparente) aplicação de duas ou mais normas, deve-se optar pela norma especial (mais específica) em detrimento da norma genérica, atendendo-se ao brocardo *lex specialis derogat generali* (norma especial derroga norma geral).

Como exemplo, na lesão corporal culposa na condução de veículo automotor aplica-se o Código de Trânsito em detrimento do Código Penal comum, pois o tipo da lesão corporal do Código Penal é genérico, enquanto o tipo do Código de Trânsito contém veículo automotor, como instrumento do crime.

Vejamos agora o princípio da subsidiariedade.

Não raramente, o Direito Penal possui tipos incriminadores que podem enquadrar um mesmo fato, porém, uma das normas está contida, de alguma forma, na outra, evidenciando uma relação de subsidiariedade e de primariedade. Neste caso, obviamente, o autor da lesão não poderá responder por todos os crimes cabíveis, devendo-se eleger uma das normas para aplicação, prevalecendo, pelo princípio da subsidiariedade, a que for principal, mais ampla, em detrimento daquela secundária, subsidiária.

Para Bitencourt, podemos reconhecer uma “relação de primariedade e de subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de modo que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal”³. Contudo, com a devida vênua ao mestre do Rio Grande do Sul, há casos em que a subsidiariedade soluciona o conflito entre normas que tutelam bens jurídicos diversos, e o próprio autor reconhece essa possibilidade ao exemplificar como subsidiário o crime de violação de domicílio (art. 150 do CP) – que nitidamente tutela a segurança, a intimidade e a vida privada do cidadão – em relação ao crime de furto – que tutela o patrimônio. Melhor, então, concentrar o reconhecimento da subsidiariedade não na tutela específica do bem jurídico, mas na composição do tipo penal principal que, de algum modo, deve levar à conclusão de que contém o tipo penal subsidiário, como aliás o faz Nucci, ao dispor simplesmente que uma “norma é considerada subsidiária em relação à outra quando a conduta nela prevista

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: RT, 2006, p. 147.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, p. 200.

integra o tipo da principal (*lex primaria derogat subsidiariae*), significando que a lei principal afasta a aplicação de lei secundária”⁴.

A subsidiariedade, cumpre anotar, pode ser expressa ou tácita.

Tem-se a subsidiariedade expressa quando a própria norma penal prevê sua aplicação apenas quando não houver uma outra norma incriminadora de maior gravidade, grafando-se no texto da norma subsidiária expressões como “se o fato não constitui crime mais grave” ou análoga. Como exemplo, tomemos o crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM), onde a expressão acima citada está grafada no preceito secundário do tipo (“Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave”).

Já a subsidiariedade tácita (ou implícita) é reconhecida quando um tipo penal constituir outro tipo incriminador, majorá-lo ou configure-se em meio prático de sua execução⁵, ou seja, norma subsidiária constitui ou funciona como mecanismo de agravação da norma principal. Como exemplos podemos citar que o crime de dano (art. 259 do CPM) é subsidiário ao de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo (art. 240, § 6º, I, do CPM) e que o crime de constrangimento ilegal (art. 222 do CPM) é subsidiário ao crime de estupro (art. 232 do CPM).

Em seguida, temos o princípio da consunção.

Por vezes, a relação entre as normas em conflito não é de primariedade e subsidiariedade, mas de fato descrito mais grave em relação a outro descrito em norma penal diversa, menos grave. Para Bitencourt, “há consunção quando

o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta”⁶.

Note-se que quando tratamos de subsidiariedade falamos em encaixe de uma **norma** subsidiária em outra principal e, agora, falamos em **fato** mais grave abrangendo fato menos grave, em uma relação onde, em regra, o mais grave absorve (consome) o menos grave.

Pode ocorrer a consunção, também, quando um fato, criminalizado pela norma, é meio necessário para a prática de um outro fato criminoso e, neste caso, nem sempre o crime consumido é menos grave do que aquele que o consumiu.

Em verdade, muito difícil é a distinção entre o reconhecimento da subsidiariedade ou da consunção em um caso concreto, mas, nesse mister, feliz foi a diferenciação trazida por Fernando Capez:

“(...)Na verdade, a distinção está apenas no enfoque dado na incidência do princípio. Na subsidiariedade, em função do fato concreto praticado, comparam-se as normas para se saber qual é a aplicável. Na consunção, sem recorrer às normas, comparam-se os fatos, verificando-se que o mais grave absorve os demais”⁷.

A consunção, conforme acima definida pode ser encontrada em algumas situações que merecem destaque, a saber:

1) **progressão criminosa**: fenômeno reconhecido quando o agente, inicialmente, tem a intenção de praticar crime menos grave, evoluindo, após a prática deste, para um outro delito, mais

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 150.

⁵ cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 201.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

grave; ex.: um sujeito tem o dolo de causar uma lesão leve na vítima; após consumada essa lesão, o agente decide causar lesões graves na vítima e, em seguida, decide matá-la, consumando o crime; neste caso, o homicídio, pela consumação, absorverá as lesões;

2) **antefactum não punível:** situação que se apresenta quando um fato é meio necessário para a prática de um outro fato criminoso; ex.: um sujeito acha uma folha de cheques, falsifica a assinatura e a utiliza para fazer uma compra; neste caso, a falsificação é um meio necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser utilizada para a prática de outros crimes; o estelionato absorve a falsificação e, note-se, a pena do estelionato é menor do que a pena do crime de falso; essa situação encontra guarida na Súmula 17 do STJ, mas tem sido criticada pela doutrina⁸;

3) **postfactum não punível:** nesta situação há a prática de um fato que entende-se consequência natural, lógica, do primeiro fato criminoso. Ex.: um sujeito furta um objeto e o vende; fato de o agente ter vendido o bem furtado é irrelevante, tendo em vista que o furto não deixará de ser punido.

4) **crime progressivo:** aqui já temos uma ofensa progressiva ao bem jurídico, de modo que o dolo, desde o início, é atingir o crime mais abrangente, necessariamente passando por estágios intermediários, sem que o autor se dê conta disso; para exemplificar, tome-se um sujeito que tem o dolo de matar a vítima e, para isso, utiliza-se de um instrumento qualquer que vai causando lesões, desde as leves até as gravíssimas, até chegar à

consumação do crime; neste caso, o homicídio absorve as lesões, porquanto o dolo era de matar a vítima; deve-se notar que na progressão criminosa, o dolo não era único desde o princípio, mas foi evoluindo com o tempo (primeiro queria causar lesões leves, após isso, lesões graves e, finalmente, decidiu matar a vítima);

Por fim, tradicionalmente, temos o princípio da alternatividade,

Esse princípio deve ser invocado quando houver uma só norma contendo várias condutas, ou seja, várias formas de realização de um crime, como no caso do crime de tráfico de drogas. Assim, quem transporta a droga para depois a vender, não pode responder duas vezes pelo crime do art. 290 do CPM.

Há, no entanto, um outro entendimento acerca do princípio da alternatividade, segundo o qual “a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra, que também o prevê, de algum modo, como delito. Ex.: o fato conjunção carnal permite o enquadramento nos delitos de estupro (art. 213), posse sexual mediante fraude (art. 215) e até mesmo assédio sexual (art. 216-A). Assim, eleito o estupro, estão, automaticamente, afastados os delitos de posse sexual mediante fraude e assédio sexual”⁹.

Apesar dessa segunda visão acerca do princípio, preferimos a primeira conformação, porquanto da forma com exposta na segunda vertente, o princípio da alternatividade não será nada a mais que uma consequência lógica dos demais princípios.

⁸ Nesse sentido, vide CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p. 75

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 151. Observe-se que hoje, após a edição da Lei n. 12.015/09, o art. 215 passou a ter por *nomen juris* o de “violação sexual mediante fraude”.

Vale lembrar que para alguns doutrinadores, a exemplo de Jorge Alberto Romeiro, também é possível a extensão do princípio *in dubio pro reo* para a solução dos conflitos aparentes de normas, o que nos parece adequado sempre que for impossível a solução pelos princípios precedentes¹⁰.

Voltemos à discussão do art. 9º do CPM.

O artigo 9º do CPM possui três incisos. Os incisos I e II referem-se a crimes praticados por militares da ativa, enquanto o inciso III condensa as hipóteses em que um civil ou militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) figuram como sujeito ativo do crime militar. É fato que os incisos I e II não mencionam em seu *caput* o fato de aplicarem-se somente a militares da ativa, contudo, sabendo que o inciso III refere-se aos inativos e aos civis, o que faz expressamente, por contraposição os dois primeiros incisos só podem se referir aos militares da ativa.

Na diferenciação entre os incisos I e II, deve-se notar que a lei penal militar usa o critério de semelhança ou não do delito militar praticado a um delito previsto na legislação penal comum. Assim, quando um militar da ativa praticar um crime militar que somente esteja capitulado no Código Penal Militar ou que esteja neste capitulado de forma diversa da legislação penal comum, aplicaremos o inciso I, que não possui alíneas complementadoras da tipicidade. Por outro bordo, se o crime praticado pelo militar da ativa possuir capitulação no Código Penal Militar e na legislação penal comum, aplicaremos o inciso II com suas alíneas complementadoras.

Deve-se, no entanto, ter uma cautela nessa comparação entre CPM e legislação penal comum, não podendo – e aqui inicia-se a nova proposta de interpretação para o artigo 9º – afigurar-se em uma comparação *ipsis litteris*. Ocorre que em 1969 surgiram dois códigos penais, quais sejam o Código Penal Militar, trazido pelo Decreto-lei n. 1.001/69, e o Código Penal comum, trazido pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 e outubro de 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970. Contudo, o CP comum de 1969, embora em *vacatio legis*, não entrou em vigor, sendo revogado, o que levou à manutenção da vigência da Parte Especial do Código Penal comum que estava em voga à época, qual seja o de 1940, que sobrevive até os dias atuais com algumas alterações pontuais.

Por essa realidade histórica, fácil perceber que, na elaboração do CPM, quando o legislador pensou em crime militar com idêntica tipificação na legislação penal comum, pensou, principalmente, em uma comparação com o Código Penal comum de 1969, e não com o que vige desde 1940, levando à necessidade de uma reformulação nessa tarefa de comparar as duas legislações, no sentido de que seja ela uma tarefa substancial e não apenas literal. Em outras palavras, já que o CP comum de 1969, parâmetro ideal de comparação, jamais vigeu, hoje, em face da Parte Especial do Código Penal comum de 1940 e da legislação penal extravagante, o intérprete deve verificar é se há uma **identidade substancial** do tipo penal militar em relação ao tipo penal comum.

Para facilitar a compreensão, tomemos o exemplo do crime de corrupção passiva. No Código Penal

¹⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto, *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

comum de 1940 (ainda hoje em vigor), o delito vem descrito com a seguinte redação, no art. 317: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Já no CPM (art. 308), a redação do tipo penal exclui o verbo solicitar, senão vejamos: “Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”¹¹. Na comparação literal, facilmente se percebe que o tipo penal comum possui uma modalidade não presente no seu correlato do Código Penal Militar, qual seja, a modalidade “solicitar”, o que levaria à conclusão de que, para fins de aplicação do art. 9º, os tipos penais são distintos, o que conduziria o intérprete a enquadrar o crime no inciso I do art. 9º do CPM. Na nossa proposta, que privilegia um critério substancial e não apenas literal, dever-se-ia considerar o delito de corrupção passiva do CPM como semelhante ao delito do Código Penal comum, porquanto as modalidades “receber” e “aceitar promessa”, presentes no crime militar em destaque, estão contidas no tipo penal do Código Penal comum, apenas não existindo uma modalidade (“solicitar”), devendo-se, portanto, aplicar o inciso II do art. 9º do CPM. A não adoção desse critério substancial, note-se, levaria a uma absurda distinção no seio dos crimes

¹¹ Essa redação, note-se, é idêntica àquela constante no art. 357 do Código Penal comum de 1969, obedecida a redação original desse Código, pois com a edição da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, o crime de corrupção passiva passou a figurar no art. 353 do CP/69, comportando também a modalidade “solicitar” vantagem indevida, não podendo ser parâmetro de comparação para o cotejo proposto.

contra a Administração Militar, porquanto haveria crimes, a exemplo da concussão, com idêntica definição nos artigos 316 do Código Penal comum de 1940 e 305 do CPM, em que aplicaríamos o inciso II, enquanto existiriam outros, a exemplo do que se demonstrou na corrupção passiva, em que aplicaríamos o inciso I, ambos do art. 9º do CPM, possibilidade que, em nossa visão, deve ser rechaçada pela busca de uma semelhança substancial e não apenas literal.

Deve, ainda, a comparação entre o tipo do Código Penal Militar e o da legislação penal comum encontrar uma limitação temporal, remontando à época de surgimento do Código Penal Militar, como se produzíssemos uma fotografia das duas legislações (comum e militar), em 1º de janeiro de 1970, e o cotejo – substancial, ressalte-se pelo que já se expôs – sempre utilizasse essa realidade, de sorte que o enquadramento como semelhante ou não à legislação penal comum deve ter por parâmetro o texto original do CPM, na data de sua entrada em vigor e o texto da legislação penal comum da mesma época, que no plano codificado, frise-se mais uma vez, referia-se ao texto original da Parte Especial do Código Penal comum de 1940, posto que o Decreto-lei n. 1.004/69, parâmetro ideal de comparação, jamais entrou em vigor.

Defendemos essa situação por um simples fato, qual seja, o de que as legislações penais comum e militar podem sofrer alterações na descrição típica ao longo do tempo – o que ocorre com muito mais frequência com o Código Penal comum –, importando em um maior distanciamento entre elas. A dinâmica das alterações legislativas é, em regra, desastrosa. Isso não somente

em função de leis mal versadas, mas em função do esquecimento da legislação penal militar. Em outros termos e de forma bem mais simples: altera-se o Código Penal comum e esquece-se de alterar o correlato artigo do Código Penal Militar.

Tomemos por exemplo o crime de estupro. Na redação original do CPM, até hoje mantida, capitula-se o delito no art. 232 nos seguintes termos: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Comparando-se o texto também original do Código Penal de 1940 – ressalte-se que o ideal seria, embora impossível pelo que já se expôs, a comparação com o art. 239 do Decreto-lei n. 1.004/69, sem a alteração da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973 –, em 1º de janeiro de 1970, tínhamos no art. 213 a seguinte redação: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Portanto, tínhamos, substancial e até literalmente, tipos penais idênticos, o que levaria a enquadrar o delito militar em foco no inciso II do art. 9º do CPM. Ocorre que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009 alterou o tipo penal do estupro no Código Penal comum, esquecendo-se de proceder a alteração no tipo penal militar correlato, de sorte que o crime comum de estupro, embora capitulado ainda no art. 213, possui uma nova redação, na seguinte conformidade: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (grifo nosso). Como se percebe, agora os tipos penais são substancial e literalmente diversos, posto que o crime comum de estupro pode ser praticado por qualquer pessoa

e sob qualquer forma de ato libidinoso, enquanto o crime militar de estupro somente pode possuir por agente pessoa do sexo masculino e restringe-se à conjunção carnal. Surge, pois, a seguinte pergunta: Hoje, o crime militar de estupro deve ser enquadrado no inciso I do art. 9º do CPM, por ser diverso daquele capitulado na legislação penal comum, ou no inciso II do mesmo artigo, por dever ainda ser compreendido como semelhante ao seu correlato na legislação penal comum?

Em nossa visão, também inovadora sobre o assunto, entendemos, como já consignado, que a comparação deve remontar a data de 1º de janeiro de 1970, respeitando a redação da época das legislações penais comum e militar, de modo que se evite a constante alteração de enquadramento de um tipo penal militar nos incisos do art. 9º, simplesmente por uma alteração legislativa desastrosa que, como sói acontecer, alterará o tipo penal da legislação penal comum, esquecendo-se da legislação penal militar.

É possível que se indague qual a relevância desse estudo, enquadrando-se um tipo penal, a exemplo do estupro, num ou noutro inciso do art. 9º do CPM. Entendemos, em resposta a essa indagação, que a relevância da discussão e de se firmar a compreensão a que se propõe é fundamental para a caracterização do crime militar, posto que, como vimos sucintamente acima, o enquadramento de um tipo penal no inciso II do art. 9º importará, para sua configuração como crime militar, na necessidade de complementação da tipicidade por algumas alíneas dispostas no inciso (*tipicidade indireta*), enquanto se enquadrarmos o tipo no inciso I do mesmo artigo, essa complementação

típica será prescindível.

Mais uma vez, trabalhemos com o exemplo do estupro. Caso continuemos a enquadrar o estupro no inciso II, um militar da ativa somente cometerá o delito militar de estupro se o praticar contra outro militar da ativa (alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM)¹², ou contra civil, militar da reserva ou reformado desde que seja em local sob administração militar (alínea “b” do inciso II do art. 9º do CPM), ou contra civil, militar da reserva ou reformado, desde que o sujeito ativo esteja em serviço (alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM), ou, finalmente, contra civil, militar da reserva ou reformado, desde que o sujeito ativo esteja em período de manobra ou exercício (alínea “d” do inciso II do art. 9º do CPM). Note-se que o enquadramento no inciso II, limita a ocorrência de crime militar às estritas hipóteses de suas alíneas, reduzindo sensivelmente as possibilidades de cometimento do delito castrense. Por outro bordo, se levarmos o estupro, em razão da alteração legislativa no Código Penal comum, para o inciso I do art. 9º, todo crime de estupro praticado por militar da ativa será um crime militar, pois, note-se, não haverá a necessidade de complementação típica, já que o referido inciso prescinde dessa complementação, de sorte que se um militar da ativa estuprar uma mulher não militar, estando de folga e em local não sujeito à administração militar, ainda assim, teremos um crime militar nas mãos.

Em resumo, portanto, na comparação dos tipos penais militares com os tipos penais comuns, sustentamos uma tarefa que prestigie a

semelhança substancial e limitada temporalmente à data de entrada em vigor do Código Penal Militar, ou seja, 1º de janeiro de 1970.

Findo o raciocínio a que nos propusemos, resta-nos aguardar que este artigo possa despertar o merecido interesse pela discussão do art. 9º do CPM, chegando-se, futuramente, a um lugar comum, ainda que críticas, desde que bem alinhavadas, consigam refutar a proposta que ora consignamos.

¹² No CPM, frise-se, o crime de estupro ainda exige que seja homem o sujeito ativo e mulher o sujeito passivo.