

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FIGURA DOS *CABEÇAS* NO DIREITO PENAL MILITAR¹

Jorge Cesar de Assis²

Uma figura jurídica que causa indagação sobre seu exato conceito e validade é a dos *cabeças*, a ser estudada no concurso de agentes previsto no art. 53 do Código Penal Militar.

Prevê a lei penal militar o seguinte:

Coautoria

Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Condições ou circunstâncias pessoais

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Agravação da pena

§ 2º A pena é agravada em relação ao agente que:

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Atenuação da pena

§ 3º A pena é atenuada em relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância.

Cabeças

§ 4º Na prática de crime de autoria coletiva necessária, reputam-se cabeças os que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação.

§ 5º Quando o crime é cometido por inferiores e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficial.

Conforme já dissemos alhures, “no item 7 da exposição de motivos do CPM, ficou declarado que se conserva, no concurso de agentes, o conceito militar de *cabeças*, não só para os que dirigem a ação nos crimes de autoria coletiva necessária como também para os Oficiais, numa *fictio iuris* baseada no princípio da hierarquia, quando estes aparecem em concurso com inferiores na autoria de um crime.

Com muita propriedade lembra Sílvio Martins Teixeira (1946: 103) que seria uma injustiça a punição igual dos comandantes e comandados nos crimes militares de autoria coletiva. A graduação da pena para cada um, dentro dos limites do máximo e do mínimo em cada crime não é suficiente. Bem diversa é a responsabilidade de cada participante. Neste assunto a lei penal militar não pode ser inteiramente igual à lei penal comum.

E prossegue: o inferior somente obedece, está habituado a fazê-lo e, regra, não tem oportunidade ou lhe falta energia moral capaz de se insurgir contra a ordem, ou não dispõe de meios eficientes para investigar de pronto a legalidade do ato.

Ainda, porém, que tenha participado conscientemente do crime, o grau de seu discernimento está diminuído pela ação psicológica provinda do hábito de obedecer,

¹ Artigo publicado na Revista Jurídica Consulex, v. 342, p. 64-65, 2011

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria - RS. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

ou da pressão da ordem, contra a qual é preciso grande energia para reprimi-la.

O superior, ao contrário, porque manda, porque é obedecido, porque nele se presume mais livre discernimento, sua responsabilidade é maior.”³

A figura do *cabeça* portanto, aparece bem definida em duas situações: 1º) nos crimes de autoria coletiva necessária, fixando-se naqueles que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação, podendo ser o grupo formado só por oficiais ou só por praças; 2º) da mesma forma, a figura do *cabeça* irá se fixar nos oficiais, sempre que estes delinqüirem com inferiores ou, nestes quando exercerem função de oficial.

Alexandre Saraiva fez exacerbada crítica à ficção jurídica dos “cabeças” e ao que chamou de *louvação da providência legal por alguns autores*, entendendo não existirem razões que justifiquem os parágrafos quarto e quinto do citado art. 53. Para ele, “quaisquer que sejam os concorrentes no crime, suas penas serão individualizadas, adequadas e proporcionais às suas culpabilidades. Isto, antes de ser um favor da lei, é uma garantia inelutável do próprio sentenciado (*nullum crimen sine culpa*). Portanto, aqui não há nenhum espaço para ficções jurídicas”⁴.

A crítica não procede. Com efeito, fica difícil aceitar-se um tratamento igualitário entre oficiais e inferiores hierárquicos quando do cometimento de crimes de autoria coletiva necessária. Nos termos do art. 36 do Estatuto dos Militares o oficial é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção. Por dispositivo constitucional só perderá seu posto e patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra⁵, e essa proteção vem desde o tempo do Império. Possuindo posição de destaque e importância no organismo militar não é de se surpreender que os oficiais sejam apenados mais gravemente naqueles crimes em que a lei penal militar elencou.

Da mesma forma, as praças que exercem função de oficiais receberam de seu Comando um tratamento diferenciado, de destaque perante o restante da tropa, sendo razoável concluir que exercendo função de oficial devem se comportar como tal, possuem, assim como os oficiais um dever jurídico de impedir ações criminosas, e ainda que não o possam fazê-lo sozinhos, devem comunicar aos superiores de forma imediata para que todas as medidas saneadoras sejam tomadas em tempo de evitar o motim ou revolta.

A disposição não é novidade na legislação especial como se possa pensar. Já por ocasião do Código Penal Militar de 1891⁶ havia sido prevista a figura dos ‘cabeças’, sendo que pelo art. 92 daquele diploma legal *reputavam-se cabeças os que tiverem deliberado, provocado, excitado ou dirigido a conspiração ou sedição*. Oscar de Macedo Soares, comentando o artigo e lembrando que o Código Penal comum da época definia “cabeças” os que tivessem deliberado, excitado ou dirigido o movimento, insurgiu-se, a nosso sentir com razão, contra a hipótese restrita da *deliberação*, que pelo texto legal dava a impressão de considerar ‘cabeça’ inclusive aquele que não tomasse parte na realização do crime. Para ele, se a responsabilidade penal era pessoal a simples

³ ASSIS, Jorge Cesar de. Comentários ao Código Penal Militar, 7ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 155-156

⁴ SARAIVA, Alexandre J. B. L. Comentários à Parte Geral do Código Penal Militar pp.112-113.

⁵ Constituição Federal: art. 142, § 3º, inciso VI.

⁶ Os famosos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, editados em 1763, também previam a figura dos ‘cabeças’ em seu art.15: *todo aquele que for cabeça de motim ou de traição, ou tiver parte, ou concorrer para estes delitos, ou souber que se urdem, e não delatar a tempo o agressor, será infalivelmente enforcado*.

deliberação, se esta não se traduzisse em atos exteriores, não poderia decorrer em punição⁷. Mas não se insurgiu contra as demais hipóteses, quais sejam a provocação, excitação e direção.

Ao tratar da revolta e do motim, o art. 93 do CPM de 1891 estipulava penas diferenciadas: aos ‘cabeças’, de prisão com trabalho por dez a trinta anos; aos demais co-réus, de prisão com trabalho por dois a oito anos.

O Código Penal Militar de 1944, afastando a hipótese de *deliberação*, por si só criticável por importar em análise de foro íntimo, previu em seu art. 33, § 1º que “reputam-se cabeças os que provocam, excitam ou dirigem a ação, para a prática de crime de autoria coletiva necessária”. Já o § 2º previu que “quando o crime é cometido por inferiores, e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficiais”.

Para Silvio Martins Teixeira, “a equiparação completa da responsabilidade de todos os participantes da ação delituosa, não obstante a graduação dentro dos limites da pena cominada, em vista das agravantes e atenuantes, não satisfaz completamente aos princípios de disciplina, indispensáveis na apreciação dos crimes militares.

Seria uma injustiça a punição igual dos comandantes e comandados nos crimes militares de autoria coletiva. A graduação da pena para cada um, dentro dos limites do máximo e do mínimo em cada crime não é suficiente. Bem diversa é a responsabilidade de cada co-participante. Neste assunto a lei penal militar não pode ser inteiramente igual à lei penal comum”.⁸

Entendemos perfeitamente válida para os dias atuais a lição do artífice do CPM de 1944, mesmo porque, a figura do *cabeça* somente é aplicada nos casos de crimes de autoria coletiva necessária, como o motim (CPM, art. 149), a revolta (CPM, art. 150) e o amotinamento (CPM, art. 182), se bem que este último dispositivo se refira à ação criminosa de presos e esteja previsto em capítulo diverso (VIII) do mesmo Título.

Mais recentemente, Jorge Alberto Romeiro, concordando com a punição mais severa reservada aos ‘cabeças’ sugere, apenas que “uma crítica de técnica legal ao CPM pelo fato de definir os cabeças no parágrafo único do art. 53 e não em artigo à parte”⁹

Para Álvaro Mayrinck da Costa “cabe indagar: a) Qual a razão específica para este tratamento severo em relação aos oficiais e com os inferiores que exercem função de oficial? b) Qual a razão que levou o legislador a evitar que os oficiais co-autores tivessem a atenuante do § 3º do art. 53 do CPM? (...) Reconhece que o critério adotado é uma ficção jurídica baseada na hierarquia. Se um oficial participa ou apenas assiste a uma revolta, por exemplo, deve ter sua pena agravada em relação à pena dos subalternos co-autores, eis que teria a obrigação de evitar o resultado típico, sendo indisciplinável sua omissão ou participação na revolta sob o comando de um subalterno. Se um oficial participa de um delito em co-autoria com um subalterno, tendo aquele maior autoridade que este, tem, conseqüentemente, maior possibilidade de impedir o injusto. Caso não haja nenhum oficial envolvido, será considerado *cabeça* o inferior eventualmente investido no comando que lhe confere superioridade sobre todos os demais.(...) O legislador pátrio militar visou atingir mais severamente os oficiais co-autores criando a ficção jurídica do *cabeça* no § 5º do art. 53 do Código Penal Militar, por motivos

⁷ SOARES, Oscar de Macedo. Código Penal Militar. Rio de Janeiro:....., 1903, pp.146-147.

⁸ TEIXEIRA, Silvio Martins. Novo Código Penal Militar do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, pp. 102-103.

⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.160.

hierárquicos, já que ao oficial competiria evitar o resultado típico sendo mais apenado por força da presunção que não admite prova em contrário, pois, de fato, frente às tradições brasileiras, é indesculpável que um oficial participe de uma atividade criminosa ou, nessa atividade criminosa, fique subordinado ao comando de um inferior hierárquico”¹⁰.

Deste entendimento não diverge Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, para quem “os oficiais devem ser um exemplo para seus comandados. A permanência na Academia Militar, nos Cursos de Formação de Oficiais, CFO, no âmbito das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, tem por objetivo preparar o militar para ser comandante, e em razão disto aquele que se encontra nesta função não deve levar seus comandados à prática de crimes, ilícitos, comuns ou militares, e nem mesmo ao descumprimento da hierarquia e disciplina, e também da ética, que são os fundamentos das organizações militares”¹¹.

É bem verdade que no caso concreto, a circunstância de especial aumento de pena prevista no art. 149 e seu parágrafo único do CPM, a ser aplicada aos *cabeças* qualificando o crime irá preferir em face da agravação da pena do § 2º do art. 53, visto ser a primeira específica e a segunda genérica, e também de modo a evitar-se a repetição da agravação ao mesmo caso.

Da mesma forma, “fora dos casos de autoria coletiva não se pode distinguir os cabeças para os punir mais severamente”¹². Neste caso, aquele promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (...); instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade submete-se à agravação do § 2º do art. 53 do Código Penal Militar, aplicável aos concorrentes de modo geral.

Conquanto possa à primeira vista impressionar o argumento da excessiva severidade em relação ao tratamento dado aos cabeças, esta distinção é plenamente justificável e imprescindível para a própria manutenção dos pilares estruturais das instituições militares – a disciplina e a hierarquia – atributos próprios de todos aqueles que compõem o organismo militar, porém, com certeza, muito mais afetos aos que comandam, chefiam e dirigem as forças armadas e forças auxiliares: os seus oficiais ou; os inferiores que exercem função de oficial.

¹⁰ COSTA, Álvaro Mayrinck da. Crime Militar, 2ª edição, Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 388-389.

¹¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Código Penal Militar Comentado – Parte Geral. Belo Horizonte: Editora Lider, 2009, pp. 121-122.

¹² TEIXEIRA, Silvio Martins. Novo Código Penal Militar do Brasil.p. 104.