



**REDE METODISTA DE EDUCAÇÃO DO SUL
FACULDADE METODISTA DE SANTA MARIA
CURSO DE DIREITO**

MARCELINO JOSÉ NEVES DE FARIAS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO ARTIGO 88 DO CÓDIGO PENAL MILITAR COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

SANTA MARIA, RS

2011

MARCELINO JOSÉ NEVES DE FARIAS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO ARTIGO 88 DO CÓDIGO PENAL MILITAR COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Metodista de
Santa Maria – FAMES, como requisito
parcial para a obtenção do Grau de Bacharel
em Ciências Jurídicas.**

**Orientador: Professor Mestre Mauro Cesar
Maggio Stürmer**

SANTA MARIA, RS

2011

DEDICATÓRIA

À minha esposa Marta e aos meus filhos Carlos Augusto e Ana Caroline pelo apoio incondicional em todos os momentos de sucesso de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Mauro Stümer, pelo apoio dispensado durante a realização deste trabalho, que com o seu entusiasmo e apreço aos seus alunos transformou a pesquisa científica uma atividade agradável e prazerosa de se realizar.

Agradeço a minha família pelo acompanhamento durante este processo de graduação, que embasa e continuará embasando os meus valores sociais e afetivos.

Agradeço a todos os mestres que me apontaram o caminho do conhecimento.

Agradeço aos meus colegas que me acolheram com respeito e carinho durante o período acadêmico.

*Os maiores êxitos não são os que fazem mais ruídos e
sim nossas horas mais silenciosas.*

Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar a (in)compatibilidade do artigo 88 do Código Penal militar com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) em face do princípio da individualização da pena. Para tal, antes de adentrar nos aspectos concernentes a essa (in)compatibilidade, resgata-se a visão histórica do Direito Militar no Brasil, discorrendo sobre a evolução dessa justiça especializada, e enfatiza-se a importância do entendimento dos seguintes princípios: os castrenses, da hierarquia e da disciplina; os constitucionais, da isonomia e da individualização da pena; e os penais, da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse viés ressalta-se que o princípio da isonomia contido na CF/88, no seu Artigo 5º, ratifica o direito e as garantias fundamentais a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, sem qualquer distinção de classe. Aborda-se na sequência o instituto da suspensão condicional da pena, ou *Sursis*, quanto à classificação, às peculiaridades e aos requisitos previstos na Justiça Penal Comum e na Justiça militar, oportunidade em que se percebem as diferenças de aplicação deste instituto. Na continuidade, relacionam-se os crimes de natureza militar sobre os quais não incide o benefício da aplicação do *Sursis*, especificamente, os crimes praticados em tempo de paz. Por fim, faz-se uma ponderação quanto à avaliação da individualização da pena aplicada ao réu militar, demonstrando a dicotomia existente na aplicação do *Sursis* na justiça militar, conduzindo ao entendimento de que há indicativos de incompatibilidade do artigo 88 do CPM com a CF/88, uma vez que fere o princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: Isonomia. Garantias Fundamentais. Direito Militar. Constituição. Princípios

ABSTRACT

This work aims to demonstrate the (in) compatibility of article 88 of the Military Penal Code with the Federal Constitution of 1988 (CF/88) in view of the principle of individualization of the sentence. To this end, before entering on the aspects related to this (in) compatibility, rescues the historic vision of Military Law in Brazil, talking about the evolution of this specialized justice, and emphasizes the importance of understanding of the following principles: the military, the hierarchy and discipline; the isonomy, constitutional and individualization of the penalty; and the criminal, reasonableness and proportionality. This bias points out that the principle of equality contained in the CF/88, in its article 5, ratifies the law and the fundamental guarantees to all Brazilians and foreigners resident in the country, without any distinction of class. Deals following the conditional suspension of the Institute, or penalty, on the classification, Sursis peculiarities and requirements provided for in the Criminal Justice and Common in Military Justice, opportunity in which they perceive differences in implementation of this Institute. In continuity, relate to crimes of a military nature which does not affect the benefit of Sursis, specifically, the crimes committed in peacetime. Finally, it's a weighting with regard to the evaluation of the individualization of the penalty applied to military defendant, demonstrating the dichotomy that exists in the application of military justice Sursis, leading to understanding that there are indicative of an incompatibility of article 88 of the CPM with the CF/88, once that hurts the principle of individualization of the sentence.

Keyword: Isonomy. Fundamental Guarantees. Military Law. The Constitution. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS

art: Artigo

CF/88: Constituição Federativa do Brasil de 1988

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CPM: Código Penal Militar

CPPM: Código de Processo Penal Militar

MPF: Ministério Público Federal

MPM: Ministério Público Militar

RDE: Regulamento Disciplinar do Exército

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STM: Superior Tribunal Militar

3ª/3ªCJM: 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 VISÃO HISTÓRICA DO DIREITO MILITAR NO BRASIL E A PRINCIPIOLOGIA NA APLICAÇÃO PENAL	12
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL MILITAR EM NOSSO ESTADO	12
1.2 DOS PRINCÍPIOS	16
1.2.1 Princípios castrenses: da hierarquia e da disciplina	18
1.2.2 Princípios Constitucionais: da isonomia e da individualização da pena..	21
1.2.3 Princípios penais: da razoabilidade e da proporcionalidade	24
2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – Sursis.....	28
2.1 APLICABILIDADE DO Sursis NO CÓDIGO PENAL COMUM	32
2.2 APLICABILIDADE DO Sursis NO CÓDIGO PENAL MILITAR.....	34
2.3 CRIMES ESPECIFICADOS NO ART. 88, INCISO II, DO CPM	37
2.3.1 Violência contra Superior e Desrespeito a Superior.....	39
2.3.2 Desrespeito a Símbolo Nacional e Despojamento Desprezível	41
2.3.3 Recusa de obediência e Deserção.....	42
2.3.4 Pederastia ou outro ato de libidinagem	45
2.3.5 Receita Ilegal.....	47
2.4 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA APLICADA AO MILITAR CONDENADO	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

A importância do assunto tratado, ou seja, A (in) compatibilidade do artigo 88 do Código Penal Militar com a Constituição Federal de 1988 em face do princípio da individualização da pena justifica-se pela necessidade de estudo e como consequência, a verificação da constitucionalidade da aplicação deste artigo, o qual, aparentemente, fere o princípio da isonomia penal aplicado a todos os cidadãos, dos quais incluem o servidor público militar.

O Código Penal Militar (CPM) entrou em vigor, através do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, antes da promulgação da atual Constituição Federal, tendo sido recepcionado por esta, ou seja, encontra-se em vigor.

O tema referido na esfera do presente epítome científico tem por foco principal analisar a aplicabilidade da suspensão condicional da pena privativa de liberdade (Sursis), especificando os princípios que norteiam a instituição militar e os constitucionais, principalmente no que se refere à igualdade de direitos e à individualização da pena.

Cerca-se, portanto, sobre a amplitude da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, perfazendo por um desenvolvimento sumário histórico na evolução do Direito Militar no Brasil, nos princípios fundamentais castrenses, constitucionais e penais e na evolução da aplicação da pena, para, após, vislumbrar a suspensão condicional da pena nos crimes elencados no art. 88, inciso II, do CPM.

O cerne que se busca na realização do presente trabalho é a aplicabilidade da suspensão condicional da pena no âmbito da Justiça Penal militar, mais precisamente no âmbito da União, referente aos crimes capitulados no inciso II, do artigo 88 do CPM, a qual, nesta justiça especializada, apresenta uma diferenciação na utilização deste instrumento frente à Justiça Penal comum, possibilitando a verificação de compatibilidade aos princípios orquestrados pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da igualdade capitulado no art. 5º da CF/88 aduz que os institutos aplicados na lei penal sejam de igual procedimento a todos os cidadãos, indiferentemente da classe social ou laboral, verificando que a individualização da pena e a sua razoabilidade manifestada no instituto penal sejam homogeneizadas aos que buscam a tutela na jurisdição penal.

Dessa forma, busca-se analisar o inciso II do art. 88 do Código Penal Militar, quanto a não aplicabilidade da Suspensão Condicional da Pena, “O Sursis”, identificando a pertinência, considerando os princípios fundamentais castrenses da hierarquia e disciplina, e a inobservância dos princípios constitucionais e penais, com o objetivo de rever esse paradigma penal militar.

Para atingir tal finalidade se buscou elencar em dois capítulos assim distribuídos: no primeiro faz-se um apanhado da visão histórica do direito militar e a principiologia na aplicação penal; já no segundo capítulo realiza-se uma análise do instituto da suspensão condicional da pena. Chegando às considerações finais sobre a incompatibilidade do artigo em estudo.

1 VISÃO HISTÓRICA DO DIREITO MILITAR NO BRASIL E A PRINCIPIOLOGIA NA APLICAÇÃO PENAL

Militum delicta sive admissa, aut própria sunt, aut caeteris communia: unde et persecutio aut própria, aut communiss¹ ou seja, “Os delitos ou crimes dos soldados, ou lhes são próprios, ou comuns a eles e aos demais cidadãos: donde o processo é próprio ou comum¹”

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL MILITAR EM NOSSO ESTADO

A formação da sociedade transcorreu em volta de grandes conflitos, em que as civilizações, resguardadas por meio de seus imperadores, reis, sultões, czares, generais e outros, protegidos por verdadeiros exércitos, conquistavam territórios, com a finalidade de manter o poder econômico e a estrutura social do seu povo. Nesse diapasão, o povo em geral tinha a sua conduta regrada por leis e normas de diversas formas, a fim de manter a sociedade ordenada e estruturada alcançando o objetivo de segurança e de domínio.

As classes sociais, nos diversos ramos, eclesiástico, político, econômico e militar, tiveram importância fundamental na formação da cultura jurídica, direcionando para a melhor forma, a fim de atender os aspectos específicos de cada uma das classes.

Não obstante, a classe militar, aglutinava-se a sociedade em todos os campos desde a sua origem, conforme comenta Gusmão²:

Nas civilizações greco-romanas os exércitos eram formados à feição da cidade; as forças militares não eram senão o verdadeiro espelho da organização imperante na sociedade.

A disciplina militar era uma continuação absolutamente idêntica da mesma organização disciplinar da cidade; os elementos hierarchicos eram os mesmos n'uma e n'outra; idênticos, n'uma e n'outra, eram os princípios moraes e jurídicos em vigor; o mesmo substractum jurídico-moral servia de alicerce a uma como a outra.

Desde a formação da sociedade, o militar sempre fez parte de uma classe

¹ TELLES, Antônio Carlos de Seixas. **Revista do Superior Tribunal Militar** Volume11/13, 1991, pag. 11.

² GUSMÃO, Crhysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 4.

social que atendia os mesmos princípios disciplinares, não se separando da moralidade e dos aspectos jurídicos aplicados em todo o contexto e na estrutura social da época.

O rigor da disciplina e da punibilidade era regido pelo Código de *Ur-Nammu*, interpretação vinculada ao rei, somada as normas de interesse militares contidas no Código de Hammurabi, dentre outras normas herdadas da antiguidade. Citam-se disposições contidas no Código de Hammurabi, em que apresenta fatos envolvendo o interesse militar, no seu capítulo III, artigos 26 e 27, respectivamente:

III - DIREITOS E DEVERES DOS OFICIAIS, DOS GREGÁRIOS E DOS VASSALOS EM GERAL, ORGANIZAÇÃO DO BENEFÍCIO.

26º - Se um oficial ou um gregário que foi chamado às armas para ir no serviço do rei, não vai e assolda um mercenário e o seu substituto parte, o oficial ou o gregário deverá ser morto, aquele que o tiver substituído deverá tomar posse da sua casa.

27º - Se um oficial ou um gregário foi feito prisioneiro na derrota do rei, e em seguida o seu campo e o seu horto foram dados a um outro e este deles se apossa, se volta a alcançar a sua aldeia, se lhe deverá restituir o campo e o horto e ele deverá retomá-los.³

Nesse período não se caracteriza propriamente a Justiça Militar, porém observa-se que as regras disciplinares rígidas eram necessárias para manter os exércitos disciplinados e em condições de combater. A Justiça Militar começa a ser estruturada, a partir do século XV, com o surgimento dos Estados-Nacionais, e na pessoa dos Auditores Militares que acompanhavam os exércitos permanentes.

As características militares diferenciavam-se da classe civil pela natureza de sua finalidade, necessitando jurisdicionar os aspectos específicos em situações em que pese os conflitos armados ou em situação de paz, trilhando, naturalmente, com as mesmas finalidades da justiça comum, aflorando, portanto, o ramo da justiça especializada, o Direito Penal Militar.

A Justiça Militar, na Europa, se estrutura em meados do século XVI, sendo constituída pelos Conselhos de Guerra e pelos Auditores de Campo, estes tinham como atribuição examinar os casos envolvendo militares e emitir pareceres, aqueles funcionavam como órgão colegiado com a finalidade de julgar os militares e emitir pareceres ao Comandante das operações.

A Justiça Militar no Brasil tem suas origens nessa implementação na

³ **Código de Hamurabi.** Fonte: Cultura Brasileira - www.cultura.brasil.org

península Ibérica, com a criação dos Tribunais Militares e os Conselhos de Guerra, este com função de apelação, função atual do Superior Tribunal Militar.

Em Portugal, no governo do primeiro ministro, Marques de Pombal, estabelece, no ano de 1763, o Regimento dos Auditores, em que fica regulamentado os Conselhos de Guerra, os quais mobiliaram as unidades militares nível Regimento, Brigadas e Praça das Armas. Este instituto regimental estabelece que a natureza do crime e não a qualidade do seu agente é que determina a vinculação à Justiça Militar, direcionando, conseqüentemente, ao conceito de crime de natureza militar.

A legislação penal militar regia-se, ainda, pelos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763, com disposições esparsas em Alvarás, Cartas Régias, e outros institutos legais. Conforme aduz Assis⁴:

Quanto à nossa antiga legislação penal militar, eram as Forças Armadas de então (Exército e Armada) regida pelos velhos, desumanos e bárbaros Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763, época em que vigiam as Ordenações do Reino, as Filipinas, com o seu terrível Livro Quinto.

Tem-se conhecimento que em 1802 foi elaborado e apresentado, por uma comissão nomeada por Decreto, o projeto do Código Penal Militar, tendo sido revisto por uma Junta, criada em 1816, aprovado pelo Alvará de 7 de agosto de 1820, porém nunca executado, fazendo parte apenas da história da Justiça Militar, conforme descrito por Gusmão⁵.

Ao longo desse período as penas aplicadas variavam da pena de morte, as pranchadas com espadas, a colocação de argolas perpétuas e outras, que conduziam a necessidade de estabelecer uma norma condizente para penalizar os crimes de natureza militar. Já no Brasil Império, no ano de 1861, o Auditor da Corte, Dr J. A. de Magalhães Castro apresentou ao Imperador um Projeto do Código do Processo Criminal Militar, sistematizado e com grande amplitude, dito por Gusmão⁶.

A evolução da aplicação da pena já iniciara nesse processo de apresentação de projetos para estabelecer o novo Código Penal Militar, visto que em 18 de dezembro de 1865, baixou o governo um Aviso, determinando a apresentação de

⁴ ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.p. 18 e 19

⁵ GUSMÃO, Crhysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915. p. 33

⁶ Idem p. 34.

um projeto do CPM, sendo este apresentado pela Comissão de Exame da Legislação de 10 de setembro de 1866. A comissão foi composta por doutos considerados à época, tais como: Dr. Thomaz Alves Junior, relator; Conselheiro José Maria da Silva Paranhos; do Coronel Pedro de Alencastro e do desembargador Magalhães Castro; e presidida pelo Conde d'Eu. Apesar da credibilidade da comissão no assunto para a qual foi designada, não foi aceito o projeto por apresentar um conceito de disciplina mal compreendido e apresentando aspectos de tirania, diferente do que já havia sido proposto anteriormente no direcionamento do Código de Processo Criminal Militar elaborado pelo desembargador Magalhães Castro.

Com esses percalços ocorridos na elaboração e apresentação da legislação militar seja ela a substantiva e a adjetiva, ficou sem uma definição até o alvorecer da República. Verifica-se que nesse interim a evolução da aplicação da pena já era vista como um fator para atender a dignidade da pessoa humana.

No ano de 1890, o Código Penal Militar, o Código Processual e o Disciplinar, foram esboçados por uma comissão presidida pelo então Ministro da Guerra, Benjamin Constant, onde ocorreu a diferenciação de crimes cometidos em tempo de guerra e em tempo de paz. Com essa apresentação, por meio do Decreto de nº 18, de 07 de março de 1891, estabeleceu o CPM da Armada, sendo ampliado também para o Exército pela lei de nº 612 de 29 de setembro de 1899.

Quanto ao Regulamento Processual Criminal Militar foi considerado inconstitucional, pois foi baixado pelo Supremo Tribunal Militar, órgão do poder judiciário, em 16 de julho de 1895, o qual não apresenta competência constitucional para baixar regulamento.

Até 1944 era aplicado o então CPM de 1891, que com a revisão da Comissão designada em 1942, com a participação do Desembargador Silvio Martins Teixeira, definiu o novo código Penal Militar. Este novo código incluía novas penas, inclusive as principais penas privativas de liberdade estabelecida no Código Penal comum de 1940, conforme cita Assis⁷:

Após várias tentativas que antecederam, em 1942 foi firmada uma Comissão para rever o CPM de 1891, da qual veio a participar o saudoso e ilustre Desembargador Silvio Martins Teixeira, resultando daí o CPM de

⁷ ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007. p.20.

1944.

Nele foram aceitas as principais penas estabelecidas no Código Penal comum de 1940, e acrescentadas outras necessárias e compatíveis com a função militar do condenado, como a suspensão do exercício do posto e da reforma.

Verifica-se que a evolução do Direito Militar, representada na sua lei substantiva, é lenta e depende do momento que vive o País. O atual Código Penal Militar foi instituído pelo Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, hoje aplicado às Forças Armadas e às Polícias Militares estaduais. O referido Código enumera os casos em que o delito se situa na jurisdição militar.

O CPM trouxe institutos progressistas e foi recepcionado, em sua maioria, pela Lei Maior de 1988, sendo que alguns artigos são questionados quanto a sua constitucionalidade, em face de sua incompatibilidade com os princípios constitucionais e a aplicabilidade no contexto atual, fazendo parte deste estudo especificamente o Artigo 88, inciso II, da lei substantiva penal militar, referente a não aplicabilidade da Suspensão Condicional da Pena, nos crimes relacionados no referido artigo.

1.2 DOS PRINCÍPIOS

O conhecimento e o emprego dos princípios de uma ciência possibilitam o entendimento da origem e da finalidade a que se destina, sendo estes a sustentação basilar que norteiam os seus objetivos e a elaboração de normas adequadas ao sistema direcionado. Utilizando os princípios na Ciência Jurídica manifesta-se Boschi⁸, quando trata estes como diretrizes:

Como em Direito todos os operadores jurídicos estão submetidos a significados provenientes da ordem jurídica, constituindo, então, a interpretação um vir-a-ser na determinação dos “sítios de significância”, o termo princípio, no sentido da hermenêutica tradicional, equivale um enunciado jurídico, capaz de orientar o intérprete na busca dos significados de sistemas ou microssistemas jurídicos.

Os princípios, daí, na positividade jurídica, ao mesmo tempo em que guiam o intérprete na busca da compreensão do sistema de relações, sustentam, como os pilares de um edifício, o arcabouço jurídico, viabilizando, também, o sentido de totalidade característico de todo sistema.

Os princípios fazem parte do ordenamento jurídico que, por diversas vezes,

⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seu critérios de aplicação**. 4ªEd. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 31.

o operador do direito socorrerá, quando estando as normas em conflitos, ou não existindo ou mesmo de apresentação obscura, para que se possa dá uma resposta ao problema concreto existente.

A Ciência Militar, como qualquer outra ciência, possui também seus princípios. Os princípios basilares da profissão militar são pautados na hierarquia e na disciplina. Verifica-se nesse diapasão que o Direito Militar tutela a obediência hierárquica em sentido diferente do que o direito Penal Comum tutela a dos cidadãos em geral, face à lei, assim descreve Fagundes⁹.

A organização da sociedade vincula-se ao procedimento de consenso geral, possibilitando a convivência ordeira e democrática, caracterizando o Estado-Democrático, essa vinculação está formalizada na Lei Maior. Nela estão embutidos seus princípios, onde congrega toda a ordem jurídica, harmonizando a existência da sociedade de forma pacífica. Os princípios constitucionais devem ser absorvidos por todas as normas existentes, colocando-se num grau superior, ou seja, no ápice das normas infraconstitucionais. Nesse sentido reporta-se Barroso¹⁰:

Os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Destaca-se o princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana, para que se caracterize a necessidade de ratificação do princípio da igualdade, capitulado no art. 5º da Constituição Federal do Brasil – CF/88, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

O estudo da incompatibilidade do art. 88 do CPM com a CF/88 face ao princípio da individualização da pena direciona, antecipadamente, ao entendimento da necessidade de elencar os princípios principais que constituem as normas utilizadas por cada seguimento da sociedade, tais como: os princípios castrenses da hierarquia e da disciplina; os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena; e os princípios penais da razoabilidade e da

⁹ FAGUNDES, João Batista. **A justiça do Comandante**. 2. E atual. Brasília: Edição do autor, 2003. p. 23.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva. p. 141.

proporcionalidade.

1.2.1 Princípios castrenses: da hierarquia e da disciplina

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece no art. 142 que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e 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 garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Observa-se desde já que Carta Magna enumera os princípios fundamentais que norteiam a profissão militar.

Entende-se por hierarquia uma ordenação por sequência de valores, importância e de poder sobrepondo os demais entes envolvidos com a finalidade de estipular uma relação de comparação referenciada. No âmbito militar, que não foge das diversas categorias profissionais e institucionais, é a base fundamental para ordenar a cadeia de comando que é de conhecimento dos integrantes da instituição. É um direcionamento vertical em que estabelece a funcionalidade de chefia.

A Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, refere-se no seu art. 14 sobre a hierarquia e a disciplina:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Incluindo como norte estes dois princípios significativos e, literalmente, constantes na CF/88, nas leis e nos regulamentos militares, sem distinção de

incorporação nos graus hierárquicos e na obediência intrínseca do militar, entende-se a formação dessa categoria, que concretiza no seu juramento o compromisso de defender a Pátria de qualquer forma e, se preciso for, com o sacrifício da própria vida.

A preparação do militar na busca e na manutenção da paz é constante e intensa, visto que a sequência de atribuições são por maioria das vezes, quase na totalidade, executadas por uma equipe e por outras formas de agrupamentos conceituados doutrinariamente por cada Força Militar. Nesse diapasão, ao enfrentar as diversas dificuldades na preparação e emprego, a fim de cumprir a sua missão constitucional, desabrocha a importância vital de ter como farol os princípios da hierarquia e da disciplina.

A disciplina no arcabouço militar é de origem milenar, presente na órbita da cultura militar como cita Crevell¹¹:

Tu Mu faz alusão à notável história de Ts'ao Ts'ao (155-220 d.C), um disciplinador tão rigoroso que, uma vez de acordo com o seus próprios e severos regulamentos contra o estrago de plantações, condenou-se à morte por ter deixado seu cavalo entrar num milharal! Todavia, em vez de perder a cabeça, foi persuadido, para satisfazer seu senso de justiça, a cortar o cabelo. "Quando fizer uma lei, não permita seja desobedecida; se for, seu infrator deve ser condenado à morte."

As diversas apresentações dos conceitos dos princípios fundamentais no âmbito militar, forja a ética dessa profissão que extrapola o dever ser de um cidadão comum no cumprimento de sua função. A atenção aos fundamentos contidos nessa conceitualização de princípios engessa o dinamismo da evolução social no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, na ótica da aplicação da pena, pois a sociedade apresenta mudança de parâmetros antes ora exigidos.

O prestígio permanente da instituição Forças Armadas mantém-se sobre a proteção calcada nos princípios da hierarquia e disciplina, onde se vê a ligação dos seus integrantes envolvidos em um sistema de organização imutável, devido a necessária obediência para a consecução dos seus objetivos finalísticos.

Os princípios fundamentais almejados pelas Forças Armadas, e sendo protegido pela Justiça Militar, verifica-se um vínculo existente entre os seus

¹¹ CREVELL, James. **A Arte da Guerra de Sun Tzu**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A. p. 19.

componentes de forma honrosa e estabelecida pela disciplina, seja esta formal ou consciente, no entendimento das regras da profissão militar, assim aduzido por Da Silva¹²:

Hierarquia é vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. Ao dizer-se que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, quer-se afirmar que elas, além da relação hierárquica interna a cada uma das armas, subordinam-se em conjunto ao Chefe do Poder Executivo federal, que delas é o comandante supremo (art. 84, XIII).

Disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o *dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores*. Declarar-se que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina vale dizer que são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus superiores hierárquicos (...).

Nesse norte conceitual de Da Silva, verifica-se que os fundamentos militares apresentados, são todos pautados nos preceitos legais e nas normas infraconstitucionais, não extrapolando os direitos e deveres individuais prescritos na CF/88, ou seja, baseados nos limites da lei.

A pirâmide hierárquica classifica os militares em duas classes: oficiais, classificados por postos; e praças, classificadas por graduações. Essas classes se subdividem em outras de acordo com o nível de responsabilidade e qualificação profissional. Para cada grau hierárquico corresponde uma insígnia regulamentar.

A importância desse entendimento dar-se-á na ocasião da aplicação da lei penal militar substantiva, na dosimetria da pena. Verifica-se, também, o entendimento da obediência e da disciplina perante o grau hierárquico do militar, referente à responsabilidade do cargo ou da função.

Quanto maior for o grau hierárquico, maior será a sua responsabilidade, tanto de mando como de obediência, visto que na pirâmide hierárquica haverá o superior, culminado pelo comandante supremo, este representante do povo que o elegeu, assim aludido por Maquiavel, na sua obra “O Príncipe”¹³:

Deve, pois, um príncipe não ter outro objetivo nem outro pensamento, nem ter qualquer outra coisa como prática a não ser a guerra, o seu regulamento e a sua disciplina, porque essa é a única arte que se

¹² DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. Ed. São Paulo: Forense, 1999.

¹³ Maquiavelli, Nicòlo. *O Príncipe*. 3ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 59.

espera de quem comanda.

Os princípios castrenses corroboram com o entendimento de que a profissão militar, pautada na hierarquia e na disciplina, orientam seus integrantes para desenvolverem ações vinculadas aos princípios administrativos, contidos no caput do Art 37 da CF/88, da legalidade, impessoalidade, da moralidade, publicidade e da eficiência, bem como nas suas atitudes pessoais, voltados para a ética e o pudor militar, transformando-o em um cidadão diferente, na concepção da palavra e nas suas funções.

1.2.2 Princípios Constitucionais: da isonomia e da individualização da pena

Os princípios elencados neste estudo estão condicionados para o entendimento da incompatibilidade do artigo 88 do CPM militar com a Constituição Federal de 1988 face ao princípio da individualização da pena.

A CF/88 refere-se à igualdade entre dos nacionais e dos estrangeiros residentes no país, bem como sobre a individualização da pena, no seu art. 5º constante no título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Esse artigo condensa toda a proteção legal ao cidadão, estabelecendo os princípios fundamentais individuais e coletivos, possibilitando uma dimensão democrática ao alcance de todos.

A Lei Maior no seu art. 5º aduz que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nesse patamar, a CF/88 é clara na sua concepção de igualdade perante os cidadãos brasileiros e estrangeiros residente no País. Essa igualdade é caracterizada em todos os campos, seja social, político, econômico, militar, dentre outros, oportunizando a todos que residem no Brasil viverem com dignidade.

O Estado brasileiro, ao adotar na sua Constituição o princípio da igualdade, comunga com os anseios da humanidade, observando a Declaração Universal dos

Direitos Humanos, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, consta no seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;(grifo nosso)

Ainda considerando, ressalta a necessidade da existência do Estado de Direito e as relações amistosas entre as nações:

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

A afirmação e o compromisso dos países signatários, dos quais o Brasil está incluído, ratifica a observância quanto à igualdade existente entre os seres humanos, assim descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

O preâmbulo da mesma declaração cita o aspecto dos direitos iguais adotado na CF/88, configurando no universal que o Estado brasileiro está alinhado com a ordem internacional. O art. 1º da referida Declaração diz que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Nesse norte, a CF/88 engloba os aspectos nacionais e internacionais possibilitando a existência de um Estado Democrático de Direito. A democracia aludida é ampliada pela igualdade em que a justiça esteja ao alcance de todos os

seus cidadãos, e que não retraia a uma igualdade negativa, ou seja, vir a favorecer classes que possam sobrepujar as mais fracas, tais como aceitar que o domínio econômico seja justificado para posicionamentos ao arrepio da lei.

A lei abrange a todos em que nela se enquadra, vê-se essa premissa na manifestação de Ferreira Filho¹⁴:

A Constituição brasileira em vigor (art. 5º., caput) consagra a igualdade perante a lei. Consagra-a fiel ao modo tradicional como igualdade de direitos.

Todos, afirma o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos, em princípio. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro e brasileiros, tem de ser expresso ou implicitamente, previsto na Constituição. Caso contrário, inconstitucionalidade a vicia inapelavelmente.

O entendimento clarifica que qualquer mudança ou discriminação ao gozo da igualdade de direitos deverá ser previsto na Lei Maior, caso contrário, qualquer medida que colide com estes aspectos poderá ser considerado inconstitucional, logo não aplicável ao fato concreto.

A questão da igualdade estudada importa-se principalmente nos valores do indivíduo, nesse parâmetro, especificamente a igualdade das pessoas, não deve ser aventada a igualdade natural, pois cada indivíduo possui características próprias, seja no aspecto físico, no aspecto psicossocial, dentre outros. Quanto à igualdade perante a lei é que no inciso XLVI art. da 5º da CF/88, estabelece que lei regule a individualização da pena, visto as circunstâncias da ocorrência dos fatos e de quem o participou, dispõe tal dispositivo:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (grifo nosso)

Após o legislador definir a norma jurídica no seu elemento fático, ou seja a descrição da conduta do preceito primário, passa-se para o elemento jurídico na

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 243 e 244.

individualização legal da sentença, oportunidade esta que possibilita ao magistrado o análise das diferenças individuais do autor do ilícito penal. Esta avaliação se dá observando um preceito formal contido no art. 29 do Código Penal comum¹⁵ e no art. 53 do Código Penal militar¹⁶, ambos estabelecem que a culpabilidade no concurso de agente seja pessoal na medida participação do agente.

A individualização da pena é de caráter intrínseco do denunciado, visto que a pena culminada é individual e proporcional ao cometimento e à participação do delito. Incide, portanto, naquele que concorre para o crime.

Ao analisar os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, aventados no atual estudo, confirma-se a aplicação desses princípios no âmbito da justiça castrense, corroborando com a recepção dos dispositivos substantivos e adjetivos da lei penal militar pela CF/88.

1.2.3 Princípios penais: da razoabilidade e da proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se confundem na sua aplicabilidade. O primeiro caracteriza-se pelo bom-senso aplicado ao Direito, as leis e as normas obedecidas conforme um contrato estabelecido por toda a sociedade, o chamado Contrato Social, na sua essência visa a aplicação racional em consonância com o senso normal de pessoas. O segundo, conforme Beccaria relaciona as ideias de limitação do poder punitivo do Estado¹⁷.

Acerca do Princípio da Razoabilidade merece destaque a lição de Mello¹⁸:

Princípio da razoabilidade.

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e

¹⁵ Art 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Código Penal. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

¹⁶ Art 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

¹⁷ Beccaria, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Hemus, 1974.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 2002, 14ª ed., p. 91-93

disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa, muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.

Continua o ilustre jurista:

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita "liberdade" é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Finaliza o autor:

Sem embargo, o fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese. Ainda aqui cabe tirar dos magistrats escritos do mestre português Afonso Rodrigues Queiró a seguinte lição: "O fato de não se poder saber o que ela não é." Examinando o tema da

discricção administrativa, o insigne administrativista observou que há casos em que "só se pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que ele compreende."

(...)

O princípio da razoabilidade estabelece que a administração, com o seu poder discricionário, observará os critérios de forma racional na possibilidade de aplicação do termo legal. Não se deve alçar algo que não esteja compreendido nos limites da lei, possibilitando avaliar as condições apresentadas para melhor decidir sobre o ato administrativo. Ser razoável não caracteriza a prevaricação, mas adotar medidas cabíveis e aceitáveis de acordo com o estabelecido na norma legal, em consonância com o senso comum, sempre observando o preceito da legalidade.

A evolução da ciência jurídica, tendo como base a decadência do Absolutismo e o surgimento do Estado de Direito burguês na Europa, em busca do equilíbrio na garantia de direitos individuais, bem como na dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a limitação do poder do Estado, inicialmente na esfera administrativa, possibilitou a origem do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade absorvido pelo sistema jurídico nacional deu-se por influência do sistema jurídico português, verificando-se que a Constituição Federal de 1988 mantém esse princípio na garantia dos direitos fundamentais, evitando a extrapolação por parte do Estado por ocasião da análise e na aplicação da pena, buscando um equilíbrio no objetivo a que se destina.

Considerando a existência do princípio da proporcionalidade de forma explícita e por vezes de forma implícita na CF/88, a não aplicabilidade deste princípio distingue uma desconformidade com a norma constitucional, consequentemente ferindo os objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade refere-se a limitação, por parte do Estado, dos excessos e das faltas sobre o efeito punitivo aplicado ao agente que pratica um ato delituoso. Essa limitação evita que sobrevenha um entendimento de Estado algezo, o qual exagera no *quantum* da pena a ser aplicada, ou de impunidade, aflorando a possibilidade de ocorrência da justiça pelas próprias mãos, por conseguinte, tentando afastar o Estado do processo punitivo e controlador.

Para cada ato delituoso a norma estabelece o máximo e o mínimo da pena a ser aplicada ao condenado, sendo anteriormente analisado pelo magistrado aspectos que contribuirão para definir o *quantum* a ser aplicado, tais como a gravidade do crime e a personalidade do réu, conforme consta no Código Penal brasileiro no seu art. 59¹⁹ e no art. 69²⁰ do Código Penal Militar.

¹⁹ Código Penal. Art. 59. O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as culminadas;

II – a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

²⁰ Código Penal Militar. Art 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau de culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de

Nesse entendimento Boschi²¹ refere:

Embora sem aludir explicitamente ao termo "proporcionalidade", o citado princípio pode ser visto no Código Penal, cujo artigo 59 determina fixação de pena-base conforme seja "necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime". É ainda com base no mesmo critério de necessidade e suficiência que o juiz processa a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa (CP, art 44) e, residualmente, a concessão ou não do sursis (CP, art 77).

O instrumento legal que regula a fixação da pena, especificamente na justiça castrense, o Código Penal Militar, no seu art. 69, também não é categórico no termo "proporcionalidade", estabelece que o juiz aprecie a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, não afastando do seu raciocínio lógico a amplitude do dolo ou grau de culpa, os resultados causados ou que possivelmente poderia causar, os meios empregados, os aspectos psicossociais do autor, dentre outros componentes que motivaram o crime.

Destarte, no entendimento da aplicação do princípio da proporcionalidade a sanção imputada ao fato delituoso deve está vinculada ao grau da infração penal, ou seja quanto mais grave o delito, maior a pena, afim de alcançar o objetivo proposto de ressocialização do delinquente e a proteção da ordem social e jurídica, evitando o excesso e restrições na aplicação da sanção, jus puniendi, para não ferir o interesse da sociedade.

execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

²¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seu critérios de aplicação**. 4ªEd. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 67.

2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – *SURDIS*

O instituto da suspensão condicional da pena busca o afastamento do condenado das dependências carcerárias que não possua antecedentes criminais e não apresente periculosidade para a sociedade.

Afastando o apenado do sistema carcerário em busca da permanência na sociedade, evitando a humilhação e o descaso com o ser humano, corrigindo-o de maneira educativa é um dos objetivos da aplicação do Sursis, assim dito por Boschi²²:

A suspensão condicional da pena livra o condenado da prisionalização estigmatizante mediante o cumprimento de obrigações menos severas, preservadoras de seu *status libertatis*, dentre elas, em princípio, a de cumprir, no primeiro ano de prazo, serviços a comunidade (art 46) ou submeter-se à limitação do final de semana (art. 48), de caráter educativo.

As notícias divulgadas sobre as condições das penitenciárias no Brasil não são favoráveis a ressocialização do apenado, reforçando a importância da aplicação do sursis. Discorre Britto, no seu artigo “Sucursais do inferno: Presídios são

²² BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seu critérios de aplicação. 4ªEd. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 397.

verdadeiras universidades do crime”²³:

Não há triagens nas penitenciárias, o que submete detidos por delitos leves ao convívio com criminosos ferozes, transformando os presídios, sucursais do inferno, em verdadeiras universidades do crime. Sai-se de lá, em regra, bem pior do que se entrou.

Ilude-se quem supõe que é possível reduzir a criminalidade e construir-se a paz social mantendo-se depósitos de gado humano em penitenciárias. A violência, onde estiver sendo praticada, irradia-se por toda a sociedade que a patrocina.

As avaliações da insistência desse instituto defende Fragoso²⁴:

As razões de ser do instituto são evidentes. Procura-se afastar da prisão o condenado primário, não perigoso, reconhecendo o efeito altamente nocivo do encarceramento, que degrada e humilha, favorecendo a reincidência. Busca-se através do *sursis*, facilitar a ressocialização do condenado, não o afastamento da família, do emprego e da comunidade em que vive. Trata-se da mais importante medida de política criminal incorporada ao nosso código.

O *Sursis* suspende a execução da pena privativa de liberdade por um período de prova. O apenado cumprindo todos os requisitos estabelecidos na sentença, sem ferir qualquer destes requisitos e não havendo causa para revogação, no final do prazo, terá a sua pena extinta.

O *Sursis* tem-se como direito subjetivo do réu. A legislação penal comum e a legislação penal militar admitem a aplicação do *Sursis*, com algumas características distintas, bem como limitando em algumas aplicações.

A análise do instituto utilizado na esfera penal comum e militar se faz necessário no presente estudo, devido às diferenças entre ambos e pela inovação e evolução do direito penal. As alterações ao Código Penal comum, trazidas pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, em que trata das penas restritivas de direitos e a aplicação do *Sursis* ao apenado maior de 70 (setenta) anos de idade, modificações que não estão previstas na lei penal militar substantiva, conforme cita

²³ BRITTO, Cezar. Sucursais do inferno: Presídios são verdadeiras universidades do crime. Revista Consultor Jurídico, 10 de fevereiro de 2009. <http://www.conjur.com.br/2009-fev-10/presidios-brasileiros-sao-verdadeiras-universidades-crime>. Acesso em: 11 nov. 2011, 16:45:23

²⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 362.

Assis²⁵, ao analisar o art. 84 do CPM quanto aos requisitos para a suspensão da pena:

Uma leitura desavisada nos dispositivos acima mostrados referentes ao sursis pode fazê-lo parecer semelhante ao direito penal comum, porém não é difícil de se verificar que o instituto foi tratado, na norma castrense, de forma completamente diversa do direito penal comum, e hoje, em face das significativas alterações trazidas principalmente pela lei 9.714, de 25.11.1998, encontra-se a norma castrense completamente divorciada do diploma comum.

A Lei nº 8.072/90, que trata dos Crimes Hediondos previa, inicialmente, no seu art. 2º, § 1º, que a pena seria cumprida em regime integralmente fechado, não possibilitando a progressão da pena. Esta lei apresentava dois aspectos que não compatibilizava com a Constituição Federal, ou seja, a proibição da liberdade provisória e o cumprimento da pena em regime fechado (art. 2º. II e seu § 1º.), sendo, portanto, estas disposições consideradas inconstitucionais, contrariando inclusive o princípio da proporcionalidade. Nesta direção cita-se decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª. REGIÃO - RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ – EMENTA: - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI Nº 8.072/90. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 1. A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do disposto no art. 310, parágrafo único do CPP. Nos termos do que determina o parágrafo único do art. 310 do CPP, verificando o magistrado a ausência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista no art. 312 do CPP, deverá conceder a liberdade provisória. 2. O fato do tráfico internacional de entorpecentes se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para impedir a liberdade provisória, sendo essencial que haja uma motivação para a preventiva. Precedente do STJ. 3. Ausentes os fundamentos da prisão preventiva, visto que, pela documentação juntada aos autos, observa-se que a ré – servidora pública municipal de Caxambu há cerca de 25 anos - goza de um bom conceito junto à sociedade daquela cidade, participando ativamente de atividades de cunho social, além de cursos de atualização diversos, tendo também comprovado seu endereço residencial fixo. 4. A prisão preventiva se baseou na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública, não persistindo a motivação apontada para a prisão preventiva, pois nada indica que continuará a delinquir ou que se furtará à aplicação da lei penal. 6. Remanescendo apenas a vedação contida na Lei de Crimes Hediondos e não sendo esta suficiente para impedir a liberdade provisória da paciente, cabe sua liberação. 7. Ordem concedida.” Vejamos um trecho do voto: (...) É cediço que a manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando

²⁵ ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p.84

presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do disposto no art. 310, parágrafo único do CPP. Assim, nos termos do que determina o parágrafo único do art. 310 do CPP, verificando o magistrado a ausência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista no art. 312 do CPP, deverá conceder a liberdade provisória. Tendo em vista o tipo penal em tela, o inciso II, do art. 2º da Lei nº 8.072/90 assim dispõe: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II – fiança e liberdade provisória.” O douto MPF opinou pela denegação da segurança: “Ademais, o tráfico ilícito de entorpecentes é classificado como crime equiparado a hediondo, status que veda aos detidos por sua prática a concessão de liberdade provisória, conforme previsto no inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi objeto de manifestação do Excelso STF (HC 79.386/AP. STF, Segunda Turma, Rel. Em. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.08.2000).” (fls. 56) Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que “o fato de se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para impedir a liberdade provisória”(2), sendo essencial que haja uma motivação para a preventiva. A prisão preventiva se baseou na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública. (...) Assim, a motivação apontada para a prisão preventiva não persiste, pois nada indica que continuará a delinquir ou que se furtará à aplicação da lei penal. Remanescendo apenas a vedação contida na Lei de Crimes Hediondos e não sendo esta suficiente para impedir a liberdade provisória da paciente, cabe sua liberação. Ante ao exposto, CONCEDO A ORDEM para conceder a liberdade provisória à paciente, expedindo-se alvará de soltura e comunicando-se à autoridade coatora. É como voto.

O Superior Tribunal de Justiça também assim julgou:

“STJ – RHC Nº. 21.055 – 6ª TURMA – REL. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – J. 17.05.07 – PUBL. 04.06.07 - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 21.055 - PR (2007/0061930-0) - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO AO CUMPRIMENTO PROGRESSIVO DA PENA. EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADVENTO DA LEI N.º 11.464/07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AOS CASOS SUPERVENIENTES.1. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.072/90, na sua antiga redação, não pode o magistrado exigir lapso distinto do previsto na legislação pátria para a progressão de regime, sob pena de ferir-se o princípio da legalidade.2. Com o advento da Lei n.º 11.464/07, a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos é permitida após o cumprimento de 2/5 da pena, em se tratando de réu primário, ou 3/5, nos casos de reincidência, lapsos aplicáveis somente aos casos supervenientes à sua vigência, em razão do maior rigor.3. Recurso provido.

Portanto, com a nova redação determinada pela Lei nº 11.464/07, que passa a vigorar que a pena será cumprida inicialmente em regime fechado, atendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade. Com isso observa-se que nem mesmo

o delinquente que incida em crime hediondo, não será afastado dos princípios estabelecidos na Lei Maior.

Na continuidade desse estudo será desenvolvida a aplicabilidade do *Sursis* estabelecido no Código Penal comum e no Código Penal militar.

2.1 APLICABILIDADE DO *SURSIS* NO CÓDIGO PENAL COMUM

A legislação penal comum substantiva apostila no art. 77 ao art. 82, os requisitos da suspensão da pena, da revogação obrigatória e facultativa, da prorrogação do período de prova e do cumprimento das condições.

A suspensão da execução da pena prevista no art. 77 estabelece que o juiz ao prolatar a sentença deva observar os requisitos, diante da aceitação e do cumprimento por parte do apenado, que possibilitará a extinção e o desaparecimento da condenação, desde que não haja causa para revogação, durante o período estabelecido.

A pena privativa de liberdade que não seja superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que observados os requisitos que o condenado não seja reincidente em crime doloso, sejam avaliadas as circunstâncias judiciais que autorizem a concessão do benefício e não seja cabível a substituição por penas restritivas de direitos.

No § 2º do art 77 do CP os prazos, anteriormente citados, são duplicados quando o condenado for maior de 70 (setenta) anos de idade ou as condições de saúde justifiquem a suspensão da pena. Observa-se que existe uma classificação didática do tipo de *Sursis*, tais como o simples e o etário. Este último, também aplicado quando o apenado apresenta doença grave ou invalidez, chamado de “por razões de saúde”.

Outra classificação didática pode ser ressaltada, ou seja, o *Sursis* especial, que ocorre quando o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do CP, lhes forem favoráveis, oportunidade em que o juiz estabelecerá novas condições previstas no §2º do Art 78 do CP. Elenca-se julgamento do STJ:

STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 858542 SE 2006/0110754-5

CRIMINAL. RESP. ESTELIONATO QUALIFICADO. SEGURO-DESEMPREGO. RECEBIMENTO PARCELADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SURSIS ESPECIAL. NÃO REPARAÇÃO DO DANO. NÃO CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Hipótese em que o réu obteve o benefício de forma parcelada, o que não pode ser considerado como crime continuado, diante da existência de apenas uma conduta. Trata-se de crime permanente, de ação contínua e não várias condutas independentes entre si.

II. O fato do pagamento do benefício ter se efetivado em 4 parcelas não atrai a incidência da regra da continuidade delitiva, pois houve um único crime, de obtenção de uma única vantagem ilícita, havida, no entanto, parceladamente.

III. O sursis especial é concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado, e tiver ele reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Ausente tal reparação, é inadmissível a concessão do benefício especial.

IV. Caso em que o réu não reparou o dano, tornando incabível a aplicação do sursis especial previsto no § 2º do art. 78 do Código Penal.

V. Recurso parcialmente provido

A aplicação do *Sursis* não é possível quanto às penas de multas e restritivas de direito, conforme alude o art. 80 do Código Penal. Verifica-se que essa é a única restrição referente à pena a ser substituída, considerando os requisitos que devam ser observados para a aplicação do *Sursis* na legislação penal comum. A não aplicação nestes casos é visível, visto que não é restrita a liberdade do condenado a estes tipos de penas, assim é o entendimento de Boschi²⁶:

Aludindo à natureza e à quantidade da pena, o legislador excluiu, deliberadamente, do âmbito do instituto, as penas restritivas de direito. Não poderia ser diferente, pois estas não produzem o efeito de enclausuramento que se pretende evitar.

As condições impostas estão atreladas à lei, conforme estabelecido no §1º do art. 78 do CP, que no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviço à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). O art. 79 do CP possibilita, também, que o juiz possa especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão da pena, adequada ao fato praticado e à pessoa do condenado.

A evolução da Justiça Penal comum, para este instituto, é verificada, igualmente no § 2º do art. 158 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal - LEP, em que possibilita ao juiz de execução, a qualquer tempo, de

²⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seu critérios de aplicação**. 4ªEd. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 396.

ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença.

Durante a aplicação do *Sursis* o condenado cumprindo as condições impostas, ao final do prazo estabelecido terá a sua pena extinta pelo juiz. Ocorrendo a desobediência o *Sursis* poderá ser revogado de forma obrigatória ou facultativa. A primeira refere-se quando o sentenciado já está cumprido o período de prova e comete as irregularidades constantes no art. 81 do CP:

Art 81. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

- I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;
- II – frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;
- III – descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código.

A segunda forma de revogação do *Sursis* é facultativa, prevista no § 1º do art. 81 do CP, que ocorre quando o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

O processo para a revogação da suspensão condicional da pena ocorrerá na Vara de Execuções, devendo ser observadas as garantias constitucionais, ou seja, a utilização do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O Ministério Público terá participação obrigatória, caso contrário implicará a nulidade absoluta da revogação e de suas consequências.

As considerações tratadas neste tópico, referente à aplicabilidade do *Sursis* pela Justiça Penal comum, bem como as apresentadas no tópico seguinte, referente à Justiça Militar, possibilitarão realizar a análise comparativa dos requisitos para a aplicação desse instituto, em que apresentam diferenças nos dois ramos.

2.2 APLICABILIDADE DO *SURSIS* NO CÓDIGO PENAL MILITAR

A aplicabilidade do *Sursis* pela Justiça Penal Militar tem a mesma finalidade da aplicabilidade prevista na Justiça Penal comum, ou seja de afastar o condenado, sem antecedentes criminais e que não apresenta periculosidade para a sociedade, das dependências carcerárias, mantendo o seu vínculo social e possibilitando a sua reabilitação imediata.

A justiça castrense estabelece algumas restrições na aplicação desse instituto, levando em conta as características da profissão militar e a ameaça em ferir os princípios da hierarquia e da disciplina, bens tutelados por esta justiça especializada. As restrições da não aplicação do instituto do *Sursis* na justiça militar, observando o momento da ocorrência do ilícito penal pelo condenado, se em tempo de guerra ou em tempo de paz, incidem nos crimes relacionados no art. 88 do CPM, os quais serão analisados em tópico específico.

O CPM de 1944 não estabelecia possibilidade da aplicação do *Sursis* ao condenado que incidiu em crime de natureza militar. Estudos realizados no meio jurídico contribuíram para as discussões da admissibilidade de aplicação desse instrumento, idêntico ao que já ocorria na Justiça Penal comum, assim aduz Assis²⁷:

Após a elaboração do antigo código que introduziu o livramento condicional, vários trabalhos foram apresentados no sentido de estender o benefício aos apenados por crimes na Lei Substantiva Castrense. Muitos defendiam que o ideal seria introduzir o benefício nos mesmos termos vigentes na Lei Penal Comum e o debate foi longo.

Ressalta Assis, na obra citada, que prevalece a ideia de se dar ao réu primário e de bons antecedentes uma nova chance, através da concessão do benefício do *Sursis*, não ocorrendo o impedimento do processo e do julgamento o livra de ser recolhido preso, mediante aceitação do cumprimento de condições a ele imposta. A aplicação do *Sursis* apresenta a condição de aceitação por parte do apenado, aplicando, também, ao condenado pela Justiça Militar, o princípio da individualização da pena.

A aplicação do *Sursis* na Justiça Penal militar, assim com se vê na comum, antes deverá ser atender alguns requisitos, avaliados pelo juiz por ocasião da aplicação da pena, assim previstos no art. 84 do CPM:

Art 84. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) a 6 (seis) anos, desde que:

I – O sentenciado não haja sofrido, no país ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa de liberdade, salvo o disposto no § 1º do art. 71;

II – Os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstância do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

²⁷ ASSIS, Jorge César de. A execução da sentença na Justiça Militar. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2011. p.116

A diferença da aplicação do *Sursis* na Justiça Militar é percebida quanto ao prazo de aplicação de prova referente à Justiça Comum, nessa o prazo probatório é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, enquanto naquela o prazo varia de 2 (dois) a 6 (seis) anos, sendo, neste caso, desfavorável ao apenado, pois ficará sujeito às regras da aplicação por um período de tempo comprobatória maior.

A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que altera dispositivos do Código Penal comum quanto à aplicação das penas restritivas de direitos, nas conversões das penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e nos requisitos para suspensão da pena, possibilitando as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos. Os requisitos para a aplicação da suspensão da pena, previstos nesse ordenamento jurídico, referem-se à incidência da pena não superior a quatro anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifique a suspensão. Este dispositivo não está previsto no Código Penal Militar.

A aprovação da Lei 9.714/98, com incidência na Justiça Penal comum, prevê a substituição por pena restritiva de direito aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, caso essa possibilidade exista de aplicar não será utilizado instituto do *Sursis*, por não ser mais benéfico ao réu. Portanto, o *Sursis* está sendo mais aplicado pela Justiça militar, visto que o CPM não prevê o mesmo dispositivo contido na citada lei.

O art. 85 do CPM estabelece que a sentença deva especificar as condições a que fica subordinada a suspensão da pena, porém a lei substantiva castrense não especifica essas condições que o réu deverá atender, ficando a critério do juiz, observação esta focada por Assis²⁸:

Além de outras, adequadas ao caso concreto, o juiz pode determinar: a proibição de frequentar determinados lugares; a proibição de ausentar-se da comarca onde reside o sentenciado sem autorização do juiz; a obrigação de comparecer periodicamente a juízo; a proibição de andar armado etc. O art. 608, § 2º do Código de Processo Penal Militar, estabelece um rol de condições que podem ser impostas pelo juiz.

²⁸ ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 336

O autor da obra “Código Penal Militar Comentado”, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa²⁹, comenta que a fixação das condições é essencial para o cumprimento do comportamento adequado, demonstrando a sua vontade para retornar ao convívio social, e não ter que ser conduzido ao cárcere para cumprimento da pena fixada na sentença.

Na Justiça Militar a competência para a aplicação do *Sursis*, ou seja suspender a pena privativa de liberdade inferior a 2 (dois) anos, cabe ao Conselho de Justiça, conforme estabelece o inciso VII, do art. 28 da Lei Orgânica da Justiça Militar da União, Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992 e a revogação cabe ao Juiz-Auditor, conforme estabelece o inciso XV do art. 38 da citada Lei Federal. A negação do *Sursis* ocorrerá em caso de o réu possuir maus antecedentes, inclusive considerando os seus assentamentos funcionais. Inclui-se, neste último caso, se o apenado tenha sido punido por infração disciplinar considerada grave.

A extinção da pena é citada no art. 87 do CPM, estabelecendo que se o prazo de suspensão é cumprido sem que tenha sido revogado, extingue-se a pena privativa de liberdade. O procedimento parte da autoridade judiciária comunicando o cumprimento das condições estabelecidas para concretizar o *Sursis* à autoridade administrativa militar, devendo as anotações ser consolidadas nos assentamentos do apenado.

Verifica-se que há diferenças na aplicação do *Sursis* na Justiça Penal militar e na Justiça Penal comum.

2.3 CRIMES ESPECIFICADOS NO ART. 88, INCISO II, DO CPM

O presente estudo está direcionado para os crimes relacionados no inciso II, do art. 88 do Código Penal Militar, específicos, portanto, para os crimes cometidos em tempo de paz, que não são admitidos a aplicação do instituto da suspensão condicional da pena, o *Sursis*. Esta deliberação justifica-se pela situação atual vivida pelo Estado brasileiro, em que não apresenta conflitos e nem estado belicoso. Visualiza-se que, atualmente, os processos julgados na Justiça Militar da União

²⁹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Código Penal Militar comentado. Belo Horizonte: Ed Líder, 2009. p 194.

estão capitulados no art. 9º do CPM, ou seja, crimes militares em tempo de paz, não existindo em andamento processos que envolva crime militar em tempo de guerra.

A não aplicação do *Sursis* abrange aos crimes elencados no art. 88 do CPM, seja o infrator civil ou militar, bem como, servidores públicos federal ou estadual, independente se a pena que incide ao crime cometido atende o requisito para a aplicação desse instituto, ou seja, que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos. Cita-se o referido artigo:

Art 88. A suspensão condicional da pena não se aplica:

I – Ao condenado por crime cometido em tempo de guerra;

II – Em tempo de paz:

- a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão; de desrespeito ao superior, de insubordinação ou de deserção;
- b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, nos I a IV.

Quanto aos crimes cometidos contra a segurança nacional interna, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram à alçada da Justiça Federal comum, conforme prescreve o art. 109, IV da norma constitucional, permanecendo de competência da Justiça Militar da União os crimes contra a segurança externa, conforme previstos nos artigos 136 a 148 do CPM.

No caso dos crimes contra a segurança externa a pena mínima é maior do que dois anos, o que por si só já não atende aos requisitos para a aplicação do *Sursis*. Restando à análise dos crimes de revelação de notícias, informação ou documento, turbação de objeto ou documento, ambos na modalidade culposa, cuja pena atende os requisitos para a aplicação do *Sursis*, possibilitando a utilização desse instituto na suspensão condicional da pena. Esses crimes estão proporcionalmente mais próximos de ocorrerem em situação de conflito ou mesmo na eminência de surgimento de um conflito, portanto vê-se que a manutenção da proibição do *Sursis* é prudente, o que vale esse comentário para todos os crimes cometidos em tempo de guerra.

Na sequência desse estudo verifica-se que a prática de violência contra oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão, capitulado no art. 158 da lei substantiva castrense, prevê pena privativa de liberdade de reclusão de três a oito anos, a qual não atende os requisitos para a aplicação do

Sursis, conforme estabelece o art. 84, do CPM. Portanto, a aplicabilidade do instituto do *Sursis* ao apenado que comete esse tipo penal não é cabível, pois a pena privativa de liberdade é superior a 2 (dois) anos.

Resta a análise da aplicabilidade do *Sursis* nos seguintes tipos penais contidos no inciso II do art. 88 do CPM, que preveem pena privativa de liberdade inferior a 2 (dois) anos: art. 157 – Praticar violência contra superior; art. 160 – Desrespeito a superior; art. 161 – Praticar o militar diante da tropa, ou em lugar sujeito a Administração Militar, ato que se traduz em ultraje a símbolo nacional; art. 162 - Despojar-se de uniforme, condecoração militar, insígnia ou distintivo, por menosprezo ou vilipêndio; art. 163 - Recusa de obediência; art. 187 – Deserção; art. 235 – Praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar; e art. 291 – Prescrever o médico ou o dentista, ou aviar o farmacêutico militar receita, ou fornecer substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar, para uso de militar, ou para entrega a este; ou para qualquer fim, a qualquer pessoa, em consultório, gabinete, farmácia, laboratório ou lugar sujeito a administração militar e nos casos assimilados nos incisos I e IV do § único desse artigo.

2.3.1 Violência contra Superior e Desrespeito a Superior

O crime de prática de violência contra superior, capitulado no art 157 do CPM, estabelece a pena base de privativa de liberdade de detenção de três meses a dois anos. Em uma análise superficial verifica-se que o prazo da pena possibilitaria a aplicação do instituto do *Sursis*, devendo ser, também, analisado as circunstâncias judiciais que envolvem o delinquente, especificamente as que conduziram ao cometimento do crime.

As formas qualificadas estabelecidas nos parágrafos de 1 a 5 do art 157 gradua intensamente o quantum da pena. Na qualificadora, para o aumento da pena, são considerados: a pessoa do ofendido; o meio empregado; o resultado da agressão quanto a integridade física do ofendido; e se o crime ocorreu em serviço.

Em todos os casos a aplicação da pena ultrapassa a dois anos, conseqüentemente deixando de se enquadrar nos requisitos previstos para a aplicação do *Sursis*.

Corroborando com esse entendimento, comenta Teixeira³⁰:

A violência contra superior assume tal gravidade que a condição do delito sobrepuja o resultado da ação, constituindo o assunto um capítulo especial, ligado à insubordinação, ao desrespeito à autoridade militar. Quanto mais deve ser respeitado o ofendido, maior é o crime e, portanto, mais grave a pena cominada.

Nesse entendimento não caberá a aplicação do *Sursis* ao apenado que comete o crime de violência contra superior na sua forma qualificada, visto que a pena aplicada ultrapassa aos requisitos estabelecido em tal instituto.

O art. 160 do CPM positiva o crime de desrespeito a superior diante de outro militar, estabelecendo a pena base de três meses a um de detenção. O ato de desrespeito a superior fragiliza o princípio da disciplina, quando o militar chega ao ápice de desrespeitar o seu superior hierárquico, demonstrando uma conduta de falta de consideração, de respeito e o reconhecimento da sua posição hierárquica da instituição militar a qual está vinculado.

No quantum da pena aplicada a esse crime, verifica-se na segunda parte do texto do preceito secundário, deve ser observado se o fato não constitui crime mais grave, tais como de agressão, de insubordinação ou mesmo de desacato. É necessária a condição de que, tanto o acusado, como o ofendido, seja militar e independe do local da ocorrência do fato. Assim posiciona Assis³¹:

Predomina aqui o critério *ratione personae*, ou seja: é indispensável a condição de militar tanto do criminoso quanto do ofendido. Se o tipo fala em desrespeito ao superior, mister que esta condição seja do conhecimento do sujeito ativo, pois, se o agente desconhece tratar-se de superior, não há crime.

Também não se cogita do critério *ratione loci*. Sendo o desrespeito ocorrido diante de outro militar – de qualquer posto ou graduação – indiferente se o local do crime estava ou não, sob Administração Militar.

O aumento da pena culminada a esse delito penal, caso o ofendido tenha a posição de comandante, chefe ou diretor de uma a organização militar, seja um

³⁰ TEIXEIRA, Silvio Martins apud ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 329

³¹ ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 336

Oficial-General ou na função de oficial de serviço, a pena será aumentada da metade. Verifica-se que, mesmo com a majoração da pena, os requisitos para a suspensão da pena de privativa de liberdade são atendidos.

2.3.2 Desrespeito a Símbolo Nacional e Despojamento Desprezível

O fato do militar praticar um ato de ultraje a símbolo nacional é recriminado no meio militar, visto que esse profissional ao incorporar às Forças Armadas em compromisso realizado de forma concreta perante à Bandeira Nacional, símbolo representativo da nação brasileira, prometeu defender a Pátria com o sacrifício da própria vida. Esse fato cresce de censura se praticada a ofensa perante a tropa ou em lugar sujeito a administração.

A Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, estabelece no seu inciso I, art. 27, que são manifestações essenciais do valor militar, dentre outras, o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida.

Para esclarecimentos sobre os Símbolos Nacionais do Brasil, esses foram definidos no § 1º do art. 13 da CF/88, como sendo a Bandeira Nacional, as Armas Nacionais, o Selo Nacional e o Hino Nacional. A importância desses símbolos para a nação dá-se pelo fato de que representam o País, dentro ou fora do território brasileiro. No âmbito da justiça castrense considera-se como crime militar, ultraje a símbolo nacional, capitulado no art. 161 do CPM, se cometido por militar, diante da tropa ou em lugar sujeito à Administração Militar.

A pena base aplicada a esse tipo penal é de detenção que varia de um a dois anos.

Esse tipo penal, praticado por civil, estava previsto na antiga Lei de Segurança Nacional, porém com a promulgação da nova Lei de nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, não prevê qualquer ofensa a símbolos nacionais. Conforme entende Assis³², o ato de ultraje, praticado por civil, a símbolo nacional é

³² ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 340

caracterizado como contravenção penal previsto no art 40 da Lei das Contravenções Penais, Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, assim estatuído:

Art. 40. Provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembleia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave;
Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Comparando o crime militar cometido por um militar e a contravenção cometida por um civil em um ato de ultraje a simbolo nacional, percebe-se a diferença que existe entre o quantum da pena aplicada aos diferentes agentes.

Salienta-se, ainda, que o militar condenado por incidir nesse tipo penal ficará sujeito à declaração de indignidade ao oficialato, conforme prescreve o art. 100 do CPM.

O crime cometido pelo militar ao despojar-se de uniforme, condecoração militar, insígnia ou distintivo, por menosprezo ou vilipêndio, capitulado no art. 162 do CPM, ocorre da sua própria vontade e da consciência que está infringindo um dos preceitos fundamentais da profissão militar: a ética.

Buscando o que estabelece o Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80, quando trata da ética no seu art. 28, verifica-se que, a concretização dessa conduta delituosa, contribui para a ocorrência da inobservância ao pundonor, ou seja, falta do sentimento de brio e de dignidade, bem como a falta de conduta moral irrepreensíveis, que deve portar o integrante das Forças Armadas. Alguns preceitos arranhados, oriundo da conduta ilícita, destacam-se: deixar de cumprir as leis e regulamentos e as instruções e as ordens das autoridades; zelar pelo preparo moral; e ser discreto nas suas atitudes.

A conduta ilícita pontuada no art. 162 do CPM prevê uma pena base de detenção de seis meses a um ano. A majoração desta pena é aumentada da metade, caso o fato for praticado diante da tropa ou em público.

Salienta que a pena base e a majorada estão compreendidas nas condições de prazo exigidas para a concessão da suspensão condicional da pena.

2.3.3 Recusa de obediência e Deserção

A recusa de obediência a ordem do superior sobre o assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução, art. 163 do CPM, é um crime de insubordinação definido por Célio Lobão Ferreira (1975:94), citado por Assis³³.

Verifica-se a importância de interpretação deste artigo de forma objetiva. O superior hierárquico ao emitir a sua ordem ao seu subordinado deverá ter a certeza da clareza dos dados emanados e o entendimento por parte do interlocutor. Essa ordem poderá ser emitida de forma individual ou coletiva, com a presença física ou do recebimento por qualquer meio de comunicações de acesso ao subordinado.

A diferença entre crime e transgressão disciplinar, nesses casos, dificulta a percepção de quando é crime ou quando é transgressão, sendo esta investigada por meio de procedimento administrativo.

O crime capitulado no art. 163 do CPM, a pena base é quantificada de um a dois anos de detenção.

Este tipo penal deve ser entendido como um fato isolado e praticado por apenas um militar, para que não se configure outro tipo de crime, que aquele praticado por mais de um militar, conforme cita Assis³⁴, ao comentar a definição de Célio Lobão Ferreira:

É procedente a advertência do autor, pois basta dois ou mais militares recusarem-se a obedecer a qualquer tipo de ordem e teremos o motim, capitulado no art. 149, I, do CPM. A insubordinação ficará restrita, portanto, ao estreito limite de recusa em obedecer à ordem relativa ao serviço ou ao dever imposto em lei, regulamento ou instrução, praticada por apenas um militar. O objeto da recusa é a ordem do superior hierárquico, desde que relativa ao dever imposto em lei, regulamento e instrução.

Salienta-se que o Estatuto dos Militares estabelece no inciso IV do art. 28, que também se engloba na ética militar, em que o militar deve cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades.

Quanto ao crime de deserção, art. 187 do CPM, é um delito propriamente militar, em que consiste na ausência, sem licença, da unidade ou do lugar em que

³³ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 342

³⁴ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 342

deve permanecer, por mais de oito dias. Seus efeitos permanecem no tempo e no espaço. É considerado um crime permanente, em que poderá ser preso, em flagrante delito, aquele que incide nesse tipo de delito. A pena base prevista é de detenção de seis a dois anos. Caso o infrator seja oficial a pena é agravada.

A contagem do prazo para a consumação da deserção está prevista no § 1º do art. 451 do Código de Processo Penal Militar – CPPM, com a redação dada constante da Lei nº 8.236, de 20 de setembro de 1991:

Art – 451

§ 1º - A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar.

Ao ser capturado ou apresentar-se espontaneamente, o acusado será detido provisoriamente até sessenta dias ou até a realização do julgamento em primeira instância. Atualmente os juízes concedem a menagem, ou seja, detenção fora do cárcere prevista no art. 263 do CPPM, ou a liberdade provisória ao réu durante o processo.

Célio Lobão (1999: 229) apud Assis³⁵ sintetiza: “*crime de mera conduta permanente, ensejando, por este último motivo, a prisão do desertor em flagrante*”.

Atualmente já existem alguns julgados em 1ª instância que se aplicam o Sursis, verificando as circunstâncias judiciais que envolvera o condenado. Na 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, na cidade de Santa Maria - RS, já ocorrem julgamentos com a requisição da aplicação do Sursis, para condenados por crime de deserção, sendo de entendimento favorável por parte de membros do Ministério Público Militar, manifestando-se da seguinte forma no processo de deserção de praça de nº 0000013-74.2009.7.03.0303 (00506/09-7):

Como o réu está solto, entende fazer jus ao direito de recorrer em liberdade, bem como **ao benefício da suspensão condicional da execução da pena**, neste último caso considerando que a vedação do artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 por ferir o princípio da individualização da pena. (grifo nosso)

³⁵ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 384

No julgado supracitado o Ministério Público Militar manifestou-se pela aplicação do benefício da suspensão condicional da execução da pena, em que considerou que a vedação do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por ferir o princípio da individualização da pena, entendimento ratificado pelo Juiz-Auditor no seu relatório de sentença. Ao contrário desse entendimento pronuncia-se o Superior Tribunal Militar nos diversos julgados, de forma unânime, assim citando:

EMENTA: PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). DECISÃO DO TRIBUNAL AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS ARGUIDA PELA PGJM. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO E DOS BENEFÍCIOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E DA PROGRESSÃO DO REGIME PENITENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, tendo em vista que este Tribunal tem adotado a postura tendente à apreciação do mérito desta ação constitucional com tal conteúdo. II - É pacífico o entendimento no âmbito desta Corte Castrense no sentido de que a suspensão condicional da pena não se aplica ao crime de deserção, por força do art. 88, inciso I, alínea "a", do CPM, não havendo qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Isso porque, no caso de crime propriamente militar, como é o caso da deserção, a prisão mostra-se harmônica com o disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, conforme já se pronunciou o Eg. Supremo Tribunal Federal no HC nº 85.330-1/RJ. III - Ademais, tanto no âmbito desta Justiça castrense como no da Justiça comum impera o entendimento de que ao condenado recolhido a estabelecimento militar não se aplicam as regras contidas na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Decisão unânime. Ordem denegada por falta de amparo legal. Decisão unânime.

Observa-se que existe divergência de entendimento quanto à aplicação do Sursis ao condenado por crime de deserção, por parte da Justiça Militar, descortina-se, portanto, a possibilidade de estudo do assunto.

2.3.4 Pederastia ou outro ato de libidinagem

O tipo a seguir estudado faz parte do rol dos crimes sexuais constante do CPM. O art. 235 do CPM prevê como crime de pederastia ou outro ato de libidinagem o militar que praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar. A pena base aplicada a este tipo penal é de detenção de seis meses a um ano.

A presunção de violência para este crime encontra-se capitulado no art. 236 do CPM, considerando as seguintes circunstâncias da vítima: se não é maior de quatorze anos, salvo fundada a suposição contrária do agente; se é doente mental, e o agente conhecia esta circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A majoração da pena está prevista no art. 237, se o ato é praticado com o concurso de duas ou mais pessoas e ou por oficial, ou militar em serviço.

Este tipo penal é considerado como um crime propriamente militar por ser considerada a pessoa, que pratique ou permita a prática do ato libidinoso, um militar, e o local da ocorrência do fato deverá estar vinculado à administração militar. Assim manifesta-se Assis³⁶:

A pederastia é crime militar próprio porque exige a condição especial de ser agente militar, somente por este podendo o crime ser cometido. É por isso que o delito está previsto apenas no CPM.

A pederastia ou o ato libidinoso praticado no interior da caserna fere o pundonor da classe, a moral e os bons costumes, bem como, a conduta ilibada que o militar deve ter na vida pública e privada. A prática desse ato delituoso possibilitará a fragilidade dos pilares da instituição militar e o bem tutelado pelo Direito Militar, ou seja, a preservação da hierarquia e da disciplina. No entanto, observa-se que esta conduta não é capitulada na legislação penal comum o que estimula a entendimentos divergentes no meio jurídico.

Para esse tipo penal já existe, também, entendimento em 1ª instância da aplicação do Sursis, conforme sentença prolatada na 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, assim citado:

2a Auditoria da 2a CJM. Procedimento Ordinário Nº 000011-17.2007.7.02.0202 (00032/07-6). Situação: Arquivado. Juiz Atual: RICARDO VERGUEIRO FIGUEIREDO. Conselho de Justiça: CPJ-EB. Data Crime: 31/12/2006. Nr. Ata Correição: 00009/10. Nr. Autos-Findos: 002348/10. Sentença: Por julgamento de 1º de junho de 2009, o CPJ/Ex, a unanimidade de votos absolveu o acusado MILÉSIO MARTINS NETO, com base no artigo 439 letra "e" do CPPM; Por maioria de (4x1) condenou REGINALDO BARRETO DO NASCIMENTO, a pena de sete meses e seis dias de detenção, ambos do CPM, **concedido o "sursis" pelo prazo de 02 anos e**

³⁶ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 517

o direito de apelar em liberdade; E ainda, por maioria (4x1) absolveu, o acusado EUGÊNIO NUNES RODRIGUES com base no artigo 439, letra "b" do CPPM.(grifo nosso)

Corroborando, portanto, para as considerações finais deste estudo, existe a possibilidade da aplicação do *Sursis*, observando o princípio da individualização da pena.

2.3.5 Receita Ilegal

Dos crimes contra a incolumidade pública, relacionam-se os crimes contra a saúde, dos quais faz parte o de Receita ilegal, constante do Art 291 da lei substantiva penal militar. No preceito primário do caput do artigo referenciado, consta que: prescrever o médico ou dentista, ou aviar o farmacêutico militar receita, ou fornecer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar, para uso de militar, ou para entrega a este; ou para qualquer fim, a qualquer pessoa, em consultório, gabinete, farmácia, laboratório ou lugar, sujeitos à administração militar.

A previsão para o quantum de aplicação da pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Este crime ocorre de forma dolosa, que se configura por ação voluntária e de plena consciência do profissional, relacionado no caput do artigo, quando prepara ou emite receita, causando dependência física ou psíquica, fora de um tratamento adequado. Para que se possa caracterizar como crime militar o fato deve ser praticado em local sob a administração militar.

O civil ou o militar são sujeitos ativos do crime ao incidir nos crimes assimilados, constante no § único do art. 291 do CPM, assim descritos:

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I - o militar ou funcionário que, tendo sob sua guarda ou cuidado substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em farmácia, laboratório, consultório, gabinete ou depósito militar, dela lança mão para uso próprio ou de outrem, ou para destino que não seja lícito ou regular;

II - quem subtrai substância entorpecente ou que determine dependência do a física ou psíquica, ou dela se apropria, em lugar sujeito à

administração militar, sem prejuízo da pena decorrente da subtração ou apropriação indébita;

Nos dois incisos iniciais do parágrafo supracitado, refere-se aos que detêm a guarda ou o cuidado e quem subtrai substância entorpecente e, na sequência dos incisos seguintes, são relacionadas as que induzem ou instigam e aqueles que contribuem de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente, assim tipificado:

III - quem induz ou instiga militar em serviço ou em manobras ou exercício a usar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

IV - quem contribui, de qualquer forma, para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em quartéis, navios, arsenais, estabelecimentos industriais, alojamentos, escolas, colégios ou outros quaisquer estabelecimentos ou lugares sujeitos à administração militar, bem como entre militares que estejam em serviço, ou o desempenhem em missão para a qual tenham recebido ordem superior ou tenham sido legalmente requisitados.

Na legislação penal militar a punição aplicada a esse tipo penal é mais rigorosa do que a aplicada na esfera penal comum. Neste caso o tipo penal está relacionado na Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, a qual institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, em que no art. 38 estabelece:

Art. 38. Prescrever ou ministrar, **culposamente**, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa. (grifo nosso)

De pronto verifica-se a modalidade culposa na prática do crime previsto lei penal comum, diferente na lei penal militar que caracteriza o tipo penal de receita ilegal na modalidade dolosa.

2.4 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA APLICADA AO MILITAR CONDENADO

O servidor público militar federal é regido por lei própria, o Estatuto dos Militares, Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980, que regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas. Os princípios básicos da hierarquia e da disciplina, citados anteriormente, são colunas

fundamentais para a o fortalecimento das Forças Armadas, a qual exige do militar comportamento diferenciado na profissão e no meio social em que vive. As qualidades e virtudes são confirmadas pelo seu compromisso de defender a Pátria com o sacrifício da própria vida. Com essa envergadura moral e exemplar não deve o militar ser diferenciado na aplicabilidade dos princípios constitucionais.

Após o estudo dos crimes cometidos em tempo de paz, relacionados no inciso II do art. 88 do CPM, que não são beneficiados pela aplicação da suspensão condicional da pena, verifica-se que os princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, especificamente referente ao militar condenado, não estão sendo observados, pois a maioria dos crimes aqui estudados atende aos requisitos estabelecidos no art. 84 da lei substantiva castrense para a aplicação da suspensão condicional da pena.

No entendimento extraído por ocasião do estudo do princípio da individualização da pena, no Capítulo I item 1.2.2, verificou-se a importância dada aos valores do indivíduo, focando o princípio da igualdade, referente ao inciso XLVI, do art. 5º da CF/88 o qual define que a lei regulará a individualização da pena.

Nesse viés, busca salientar a necessidade da observância do princípio da individualização da pena ao militar condenado, caso contrário estará o julgador ferindo o princípio fundamental constante da Carta Magna.

Nesse sentido, a observância aos princípios constitucionais deve prevalecer, entendimento esse compartilhado com BARROSSO³⁷:

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que justapõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferenças partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

O servidor militar não está afastado das garantias constitucionais, logo, deve ser beneficiados por todo e qualquer princípio estabelecido no ordenamento jurídico

³⁷ BARROSSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. P. 285.

pátrio, em particular, quanto ao objetivo deste estudo, aos princípios da individualização da pena.

As diferenças aplicadas aos militares e aos demais cidadãos, quando aventadas, encontram-se explicitamente contidas na Constituição, cita-se o inciso LXI do art. 5º:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, definidos em lei.** (grifo nosso)

Outras colocações diferenciadas podem ser avocadas por estarem contidas na CF/88, tais como: a proibição de sindicalização e a greve, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142); não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares (§ 2º do art. 142). Verifica-se que as condições aqui estipuladas, aplicadas aos militares, são constitucionais, não havendo uma incompatibilidade com os preceitos jurídicos.

Nesse diapasão, não deve existir diferenças entre o militar e o cidadão comum, excetuando as constantes na Lei Magna e, especificamente, quanto aos crimes cometidos em tempo de paz, contidos no art. 88 do CPM, desde que atendam os requisitos para a aplicação *Sursis*.

Da análise para a aplicação da pena, o julgador observa as circunstâncias judiciais em que o fato delituoso ocorreu dos meios e modo de execução, dos atributos de personalidades do agente e da eventual participação da vítima. Portanto, nada mais justo do que verificar essas circunstâncias ao cidadão–militar, que tem como por dever a dedicação e a fidelidade à Pátria, a disciplina e o respeito à hierarquia, rigoroso cumprimento dos deveres. Sob essa argamassa de deveres cabe ao militar, ainda, atentar para os princípios da ética militar, tais como: cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes.

Todas as circunstâncias deverão ser analisadas para que se chegue ao equilíbrio na aplicação da pena. Assim entende Boschi³⁸ quando se analisa a mesma circunstância para réus em diferentes situações:

³⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seu critérios de aplicação**. 4ª Ed. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 188.

Ao proferir a sentença, no processo instaurado contra o réu A, ele poderá considerar, por exemplo, como nobres (e positivos) os motivos do crime; ao sentenciar no processo instaurado contra o réu B, poderá, à luz da prova, concluir que os motivos foram objetos ou repulsivos, portanto, negativos. Em situações concretas distintas, a mesma circunstancia, portanto, ensejará, à luz da prova, valorações (e conclusões) radicalmente distintas.

Entendimento de que a individualização da pena deve ser observada nos crimes que não possibilitam a aplicação do *Sursis*, já é visto em primeira instância da justiça militar, sendo aplicado inicialmente nos crimes de deserção. Cita-se a análise do Conselho Permanente de Justiça do Exército constituído na 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, na cidade de Santa Maria – RS, do processo de nº Processo n.º 511/09-0, relativo ao crime de deserção:

Analisando o crime de deserção, verifica-se que a pena mínima é bastante drástica, seis meses de detenção, que, no máximo, pode ser reduzida a três meses, caso presente a causa especial de atenuação do artigo 189, I, do CPM. No mais, a pena neste delito, à luz do CPM, deverá ser cumprida em regime fechado, não havendo possibilidade de progressão nem de suspensão condicional.

Latente está que há uma ofensa ao princípio da individualização da pena, não garantia do Magistrado, mas sim daquele a quem a pena vai ser aplicada, o jurisdicionado. (grifo nosso)

Ainda, no julgado retro, o magistrado cita que o egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgado paradigmático, declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, no que tange à impossibilidade de progressão regime. A lei originalmente determinava que o apenado, que incidiu em um dos crimes contidos na lei, deveria cumprir a pena integralmente em regime fechado. Foi considerado, portanto, por aquele Tribunal no julgamento do Habeas Corpus n.º 82.959, que tal vedação legal violava o princípio da individualização da pena consagrado no inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição Federal.

Logo, comparado aos crimes relacionados no Art 88 do CPM, em questão, verifica-se que os crimes ali relacionados são de menor potencial ofensivo quando comparado com os crimes hediondos ou equiparados. Analisando outro tipo penal, que poderá transparecer como comprometimento da quebra da hierarquia e da disciplina, é a agressão ao superior hierárquico, porém, deve-se, antes de tudo, ver as circunstâncias que levaram o agressor a consumir o fato, e, após analisadas

circunstâncias judiciais, possibilite a aplicação do *Sursis* em substituição da pena privativa de liberdade culminada.

Ainda citando o julgamento do processo de deserção, manifesta o Juiz-Auditor:

... entendem os julgadores que a alínea “a” do inciso II do artigo 88 do CPM encontra-se revogada por não ter sido recepcionada pela Carta Política de 1988, uma vez que a sua aplicação feriria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Salienta-se que também é de entendimento do Ministério Público Militar que atua na jurisdição militar de Santa Maria, a aplicabilidade do *Sursis* no crime de deserção, visto que nas suas manifestações referente ao julgamento do processo supracitado, afirma que o réu faz jus ao benefício do direito de recorrer em liberdade, bem como do *Sursis*, pois entende que a vedação prevista no art. 88, II, “a”, do CPM, fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei substantiva penal militar, no Brasil, como fonte formal imediata do Direito Penal Militar, foi aprovada pelo Decreto-Lei de nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, ou seja, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo recepcionada pela Lei Maior. Doutrinadores como Assis, magistrados em 1ª instância da Justiça Militar e representante do Ministério Público Militar questionam a recepção, do Art 88 da lei substantiva penal militar, ratificados em julgamentos atuais.

Ao analisar a incompatibilidade do art. 88 do Código Penal Militar com a CF/88 em face do princípio da individualização da pena, perpassa-se pela evolução da Justiça Militar no Brasil, nos princípios que norteiam a legislação penal e a profissão militar, bem como pelas características e requisitos necessários para a aplicação da suspensão condicional da pena, o Sursis. Os princípios fundamentais da individualização da pena e da isonomia são essenciais para que a norma penal militar vigente seja compatível com a Lei Magna.

A evolução da Justiça Militar, no país, ao longo desses últimos dois séculos, vem sendo lenta, porém determinante para atender as peculiaridades que a profissão militar exige, quando dos julgados que envolvam situações delituosas incidentes em crime militar. A doutrina e a aplicação de leis esparsas atuais, bem como os entendimentos de magistrados por ocasião de julgados, ratificam a aplicação, por parte da Justiça Militar, de um dos preceitos constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana.

O Direito Militar tutela como bem jurídico a preservação da hierarquia e da disciplina, princípios castrenses exigidos ao militar. Esses valores tutelados são fundamentais para manter intacta a estrutura da instituição Forças Armadas. Ferir um desses princípios fragiliza a cadeia de comando existente em uma estrutura organização de comando vertical. Para isso o militar deverá ser disciplinado, observando os deveres instituídos na Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

Antes de tudo o militar é um cidadão comum, abrangido por todos os preceitos contidos na Constituição Federal, ou seja, o princípio da igualdade deverá ser considerado, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, qualquer mudança

ou discriminação ao gozo da igualdade de direitos deverá ser previsto na Lei Maior, tornando-se inconstitucional ou incompatível qualquer medida que venha a ferir estes princípios, logo não aplicável ao fato concreto.

O princípio da igualdade diferencia-se do princípio da individualização da pena, visto que este último, também como preceito constitucional, será avaliado por ocasião da aplicação da pena, conforme as circunstâncias judiciais que envolvem o autor do delito penal. Nessa direção, verifica-se que ao militar, condenado por ter cometido um crime militar, por ocasião da aplicação da pena, seja analisada essas circunstâncias judiciais, buscando atender, também, os princípios penais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os critérios para a aplicação da pena devem ser observados de forma racional, dentro do poder discricionário da autoridade, observando os preceitos estabelecidos em lei, ou seja, as medidas aplicadas devem ser cabíveis e aceitáveis legalmente. Nesse sentido estabelece o princípio da proporcionalidade, princípio constitucional fundamental, observado no ramo do Direito Penal, limitando o Estado a não ultrapassar o quantum da aplicação da pena.

Tanto a lei Penal comum, quanto a castrense, prevê a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade, o *Sursis*, para os crimes que atendem os critérios estabelecidos nas suas respectivas leis substantivos. Diferenciam-se quanta ao tempo de provação, aos tipos de *Sursis* aceitáveis na Lei Penal comum e a limitação da não aplicabilidade desse instituto, referente a crimes citados no Art 88 do CPM. Nesse sentido verifica-se a diferença aplicada entre os dois ramos penais.

Os crimes militares cometidos em tempo de paz, elencados no Art 88 do CPM, atendem, na sua maioria, aos requisitos previstos no caput do Art 84 do citado ordenamento. Não considerando os crimes contra a segurança nacional, estes julgados pela Justiça Federal, conforme estabelece o inciso IV do Art 109 da CF/88, os demais comparados com os crimes hediondos ou outros previstos no ordenamento penal comum de maior potencial ofensivo não admitem a possibilidade da aplicação do *Sursis*, logo contrariando os princípios da isonomia constitucional e da individualização da pena.

A não aplicação do *Sursis* nos crimes elencados neste estudo tem como cerne principal a proteção dos princípios básicos colimados na Justiça Militar. Esse entendimento exige do militar conduta exemplar e prevista no Estatuto dos Militares,

principalmente quando aglutina a missão principal das Forças Armadas, defender a Pátria, nesse caso, em tempo de paz, quando ocorre a preparação para o emprego em tempo de guerra, a disciplina rígida do militar será rigorosamente exigida em situação de conflito.

A questão principal permanece na adequabilidade do texto constitucional quanto à individualização da pena e ao princípio da isonomia, visto que, nessas diferenciações, referente à finalidade do *Sursis*, que é de manter o apenado de menor potencial ofensivo fora do cárcere, poderá ocorrer que o cidadão ao incidir em crime de maior potencial ofensivo ser beneficiado por este instituto, enquanto que o militar, julgado pela Justiça Militar, ser recolhido ao sistema prisional por cometimento de crime de menor potencial ofensivo sem repercussão para a sociedade.

A mudança de entendimento quanto a aplicação do *Sursis* pela Justiça Militar e requisitadas pelo próprio Ministério Público Militar, verifica-se uma mudança de rumo nos procedimentos atuais. Expõe nessa ótica o julgado na 9ª Circunscrição Judiciária Militar, o qual foi aplicado o *Sursis* no crime capitulado no Art 235 – pederastia ou outro ato de libidinagem, combinado com o Art 237 inciso I, sendo, no entanto rejeitado por ocasião do julgamento do HC79.824-1 Mato Grosso do Sul - STF.

A dicotomia quanto à recepção pela Constituição Federal do inciso II do Art 88 do CPM, quanto à proibição da aplicação do *Sursis*, em que a 1ª Instância da Justiça Militar e Ministério Público Militar, em jurisdições diversas, manifestam-se que essa conduta viola o princípio da individualização da pena, enquanto que o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal entendem que tal conduta é constitucional, conduz a necessidade de adaptar o atual Código Penal Militar, de 1969, à Constituição Federal de 1988, e que atenda, sem ferir os princípios fundamentais, as peculiaridades das Forças Armadas.

Do estudo, não considerando enclausurado, verifica-se que há indicativos de inconstitucionalidade do artigo 88 do Código Penal Militar com a Constituição Federal de 1988, uma vez que fere o princípio da individualização da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ASSIS, Jorge César de. **A execução da sentença na Justiça Militar**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2011.

ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Hemus, 1974.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seu critérios de aplicação**. 4ªEd. Rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BRITTO, Cezar. **Sucursais do inferno: Presídios são verdadeiras universidades do crime**. Revista Consultor Jurídico, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-10/presidios-brasileiros-sao-verdadeiras-universidades-crime>> Acesso em: 11 nov. 2011, 16:45:23.

CREVELL, James. **A Arte da Guerra de Sun Tzu**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. Ed. São Paulo: Forense, 1999.

FAGUNDES, João Batista. **A justiça do Comandante**. 2 E atual. Brasília: Edição do autor, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1993

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUSMÃO, Crhysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915.

MAQUIAVELLI, Nicòlo. **O Príncipe**. 3ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 2002, 14ª ed.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Código Penal Militar comentado**. Belo Horizonte: Ed Líder, 2009.

TELLES, Antônio Carlos de Seixas. **Revista do Superior Tribunal Militar**. Volume 11/13, 1991.