

**UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE – UNIVILLE
CURSO DE DIREITO – NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**DOS CRIMES MILITARES E DAS TRANSGRESSÕES
DISCIPLINARES EM SERVIÇO: DISTINÇÃO ENTRE OS ILÍCITOS
PENAL E ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS**

ANDRÉ MICOSKI LUZ

Orientador: Prof. Msc. Waldemar Moreno Júnior.

Joinville (SC), dezembro de 2013.

**UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE – UNIVILLE
CURSO DE DIREITO – NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**DOS CRIMES MILITARES E DAS TRANSGRESSÕES
DISCIPLINARES EM SERVIÇO: DISTINÇÃO ENTRE OS ILÍCITOS
PENAL E ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS**

ANDRÉ MICOSKI LUZ

Monografia submetida à
Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE,
como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Waldemar Moreno Júnior.

Joinville (SC), dezembro de 2013.

Meus agradecimentos:

À professora **Dra. Fabíola Possamai**, orientadora metodológica, pelo apoio prestado desde o início deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor **Waldemar Moreno Júnior**, por ter aceitado orientar este trabalho e pelo apoio prestado na execução do mesmo.

Ao Professor **Sérgio de Oliveira Netto**, por ter feito a solicitação de obras bibliográficas à Biblioteca da Universidade, sendo que tais obras foram determinantes para a execução desta pesquisa.

Ao Professor **Cloves Fernandes Barbosa**, por ter me disponibilizado alguns artigos jurídicos usados nesta obra e por ter me auxiliado em alguns pontos específicos na reta final deste trabalho.

Aos professores **João Carlos Harger Júnior** e **Gilson Guimarães**, membros da banca examinadora, pelos elogios proferidos por ocasião da apresentação deste trabalho.

Dedico esta obra:

Aos meus pais **João e Márcia**, pelo apoio
nestes cinco anos de estudo;

E também a todos os meus colegas de classe,
pela fraternal companhia ao longo desta grande
jornada.

“A Pátria não é ninguém, são todos: e cada qual tem no seio dela o mesmo direito à ideia, à palavra, à associação. A Pátria não é um sistema, nem uma seita, nem uma forma de governo: é o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade”.

Rui Barbosa

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão de Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, elaborada pelo graduando **ANDRÉ MICOSKI LUZ**, sob o título **DOS CRIMES MILITARES E DAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES EM SERVIÇO: DISTINÇÃO ENTRE OS ILÍCITOS PENAL E ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS** foi submetida em 06 de dezembro de 2013 à Banca Examinadora, obtendo a média final 10 (dez), tendo sido considerada aprovada.

Joinville (SC), 06 de dezembro de 2013.

Prof.

Prof.

Prof.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora, o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Joinville (SC), _____ de dezembro de 2013.

ANDRÉ MICOSKI LUZ

GRADUANDO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF	Constituição Federal
CPM	Código Penal Militar
CPPM	Código de Processo Penal Militar
EM	Estatuto dos Militares
HC	Habeas Corpus
IPM	Inquérito Policial Militar
MS	Mandado de Segurança
OM	Organização Militar
RDA	Regulamento Disciplinar da Aeronáutica
RDE	Regulamento Disciplinar do Exército
RDM	Regulamento Disciplinar da Marinha
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
UNIVILLE	Universidade da Região de Joinville

AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO PARA FINS CIENTÍFICOS

Autorizo a publicação do presente trabalho, para fins unicamente científicos, na rede mundial de computadores, sítio da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, sem quaisquer ônus a esta.

Declaro, ainda, ter sido informado de que a presente autorização não me foi colocada de forma obrigatória e que a aprovação do presente conteúdo perante a Banca Examinadora não depende daquela.

Joinville (SC), _____ de dezembro de 2013.

ANDRÉ MICOSKI LUZ

GRADUANDO

SUMÁRIO

RESUMO	xi
INTRODUÇÃO	1

Capítulo 1

DIREITO PENAL MILITAR E CRIME MILITAR

1.1 FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL MILITAR.....	6
1.2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL MILITAR.....	8
1.3 CRIME MILITAR	12
1.3.1 Crimes militares próprios e impróprios	13
1.3.2 Critérios de classificação	17
1.4 TEORIA DO FATO PUNÍVEL NO DIREITO PENAL MILITAR.....	18
1.4.1 Fato típico	19
1.4.2 Antijuridicidade	22
1.4.3 Culpabilidade.....	24
1.4.3.1 <i>Imputabilidade</i>	25
1.4.3.2 <i>Potencial consciência da ilicitude</i>	27
1.4.3.3 <i>Exigibilidade de conduta diversa</i>	29

Capítulo 2

DIREITO DISCIPLINAR MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR.....	31
2.2 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR.....	32
2.3 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL NOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES	36
2.4 TEORIA DO ILÍCITO DISCIPLINAR MILITAR	39
1.4.1 Fato típico	40
1.4.2 Antijuridicidade	44

2.5 CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR..	
.....	45

Capítulo 3

DISTINÇÃO ENTRE OS CRIMES MILITARES E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES COMETIDOS EM SERVIÇO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS

3.1 ABANDONO DE POSTO.....	50
3.2 EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO	58
3.3 DORMIR EM SERVIÇO	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS	78
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....	81

RESUMO

A presente monografia está direcionada a uma análise das distinções entre os crimes militares e as transgressões disciplinares cometidos em serviço considerando o Código Penal Militar e os regulamentos disciplinares das Forças Armadas. Os ilícitos analisados são os de abandono de posto, embriaguez em serviço e dormir em serviço, condutas que são ao mesmo tempo infrações penais e administrativas, e por isso, necessário compreender a distinção entre essas esferas normativas no caso concreto para aplicar a sanção correta, protegendo os bens jurídicos indispensáveis às Forças Armadas e ao País. A pesquisa é qualitativa, do tipo bibliográfica. Os resultados da pesquisa oferecem critérios jurídicos para a correta aplicação do Direito Penal Militar e do Direito Disciplinar Militar no caso concreto, evitando a punição excessiva do militar.

Palavras-chave: Forças Armadas; Crime Militar; Transgressão Disciplinar Militar.

INTRODUÇÃO

Esta monografia trata do estudo das distinções entre os crimes militares e as transgressões disciplinares cometidos em serviço considerando o Código Penal Militar e os regulamentos disciplinares das Forças Armadas. O Direito Militar, ramo jurídico antiquíssimo, passa a ter na atualidade maior consideração dos juristas brasileiros em razão da nova ordem constitucional e das conseqüentes interpretações jurisprudenciais.

O Direito castrense, mesmo com as recentes obras produzidas a seu respeito, raramente é ensinado ou discutido nos cursos superiores de Direito. Apesar de ele ser tão antigo quanto à história do próprio Direito, ainda é muito negligenciado pela maioria dos catedráticos e desconhecido da maioria dos estudantes. Roth lembra que:

No Brasil, no período de 1925 a 1930, o ensino do Direito Militar no quinto ano do Curso de Direito era obrigatório por lei, tornando-se, com a reforma da lei do ensino, facultativo. Mesmo assim, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, um dos primeiros Cursos de Direito no Brasil, ao lado da Faculdade de Direito de Recife, ambos instituídos pela Lei de 11.8.1827, manteve essa matéria no currículo do Curso de Direito até idos de 1936, registrando-se que durante vários anos ela foi ministrada pelo professor e jurista Basileu Garcia¹.

Este fato mostra que o Direito Militar está na raiz do ensino jurídico brasileiro. Daí decorre uma importante razão histórica para discutir um tema referente a este tradicional ramo jurídico.

As constituições brasileiras foram, ao longo da história, incorporando preceitos de Direito Penal e Disciplinar Militar. Constata-se que a pena disciplinar, cuja aplicação estava centralizada nas mãos das autoridades militares, desloca-se para um órgão judiciário que concilia as garantias constitucionais com as peculiaridades da vida castrense. Zaffaroni observa que:

¹ ROTH, Ronaldo João. *Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*, p. 72.

A inserção da Justiça Militar na Constituição estimula a tarefa de explorar as possibilidades de controle judicial sobre as penas disciplinares, tocando ao jurista não renunciar a este campo que, como qualquer outro no estado de direito democrático, não pode ser subtraído aos princípios constitucionais².

Por isso, a análise da conformidade da legislação penal e disciplinar militar com a Carta Magna constitui uma importante razão legal para o estudo do tema.

O Direito Penal e Disciplinar Militar existem para regulamentar e limitar o poder punitivo aplicado pela Justiça e Administração castrense. Ocorre que, como em todos os demais ramos jurídicos, existem institutos que geram controvérsia entre os estudiosos. Por ser pouco conhecido acaba sofrendo estigmas e preconceitos de ordem ideológica. Assis comenta que:

A controvérsia é gerada pelo desconhecimento – ausência da disciplina de Direito Militar (penal, processual e disciplinar) nos currículos das faculdades de Direito brasileiras, e também por fatores ideológicos da parte daqueles que guardam sérias restrições ou fobias em relação ao Direito castrense, quase sempre sem dele nada conhecer ou, teimando em associa-lo ao regime militar que vigeu no país até meados da década de oitenta³.

O estudo deste Direito procura dissociar este ramo jurídico do período histórico referido, eliminando qualquer ranço ideológico ainda existente, resultando daí uma importante razão política.

O problema que foi analisado decorreu de uma análise da Constituição Federal e da legislação penal e disciplinar militar. O Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969) em sua parte especial dispõe em seu título III dos crimes contra o serviço militar e o dever militar, constituindo estes os bens jurídicos tutelados. Dentro deste título há o capítulo III que contém os tipos que atentam contra o serviço, sendo este relativo à segurança e a regularidade das organizações militares. Dentro deste capítulo há três condutas tipificadas que são corriqueiras dentro dos quartéis e que foram objeto do presente estudo: abandono de posto (artigo 195); embriaguez em serviço (artigo 202) e dormir em serviço (artigo 203). Estas mesmas condutas também estão previstas como transgressões disciplinares no Regulamento Disciplinar da Marinha (Decreto nº 88.545/1983), Regulamento Disciplinar do

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. AL. *Direito penal brasileiro – I*, p. 311.

³ ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*, p. 90.

Exército (Decreto nº 4.346/2002) e Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/1975).

O delito de abandono de posto ocorre quando o militar se afasta do local em que deveria permanecer em decorrência do serviço. Chaves Júnior explica que:

Trata-se de delito de perigo, contentando-se a norma penal com a probabilidade de dano ao estabelecimento ou ao serviço militar decorrente da ausência do militar do posto ou lugar de serviço que lhe foram designados⁴.

Ao mesmo tempo em que essa conduta é tipificada como crime, também é tipificada como transgressão disciplinar. Rocha aduz que “todos os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, sem exceção, preveem a conduta transgressional consistente abandonar ou afastar-se o militar do posto ou local de serviço”⁵.

O crime de embriaguez em serviço consiste na conduta do militar em embriagar-se durante a prestação do serviço ou de apresentar-se embriagado para prestá-lo. Loureiro Neto expõe que:

Esse dispositivo tem gerado no foral castrense decisões contraditórias e iníquas em decorrência do conceito falso de embriaguez. Não bastasse, a avaliação da prova da embriaguez pelos tribunais castrenses não tem obedecido a um critério uniforme, chegando até mesmo a contrariar diretrizes médicas a respeito⁶.

Aqui novamente essa conduta também é prevista como transgressão disciplinar. Souza aduz que:

A apreciação deste tipo de infração ainda é considerada grave na caserna, motivo pelo qual possui tipificação no Código Penal Militar e nos Regulamentos Disciplinares Militares (Forças Armadas, Polícias e Bombeiros militares)⁷.

O crime de dormir em serviço consiste na conduta do militar de adormecer no posto ou em qualquer outro lugar em que deveria permanecer atento em decorrência do serviço. Loureiro Neto explica que “a lei militar não pune propriamente o sono,

⁴ CHAVES JÚNIOR, Edgar de Brito. *Direito penal e processo penal militar*, p. 21.

⁵ ROCHA, Abelardo Júlio da. *Abandono de posto: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/abandonoposto.pdf>>.

⁶ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 161.

⁷ SOUZA, Kefren Castro de. *Peculiaridades da embriaguez em serviço*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/embriaguezservico.pdf>>.

mas o fato de se deixar a sentinela por ele surpreender, ou ser encontrada dormindo, quando devia estar alerta”⁸. Mais uma vez a conduta delituosa encontra correspondente conduta transgressional. Sobre essa correspondência, Roth comenta que:

A transgressão disciplinar é mais abrangente que o crime de dormir em serviço, pois neste o CPM especifica certas situações relativas ao Oficial ou à Praça que podem cometer o delito, enquanto aquela é genérica e engloba as situações previstas como crime⁹.

Nestes três casos observa-se que as condutas são idênticas, gerando dificuldades para os operadores do Direito saberem distinguir entre a prática criminosa e a transgressional. Assim, a essência da problemática consiste em saber quais são os critérios jurídicos para, no caso concreto e dentro dos delitos de abandono de posto, embriaguez em serviço e dormir em serviço, saber se essas condutas serão classificadas como crime militar ou como transgressão disciplinar.

Dado e exposto, a questão de pesquisa desenvolvida para este estudo é: quais são os elementos que, no caso concreto, distinguem os crimes militares das transgressões disciplinares cometidos em serviço no âmbito das Forças Armadas?

O objetivo geral desta pesquisa foi identificar as distinções entre os crimes militares e as transgressões disciplinares cometidos em serviço no âmbito das Forças Armadas. Para tanto, as especificidades estão distribuídas em três capítulos. No primeiro capítulo, analisa-se os aspectos do crime militar; no segundo, descreve-se os aspectos da transgressão disciplinar e finalmente, no terceiro capítulo, identifica-se as distinções entre os crimes militares e as transgressões disciplinares cometidos em serviço.

Em termos metodológicos, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, onde, segundo Moreira, suas características se pautam pelo foco na interpretação, na subjetividade, na flexibilidade na condução da pesquisa, orientação para o processo e não no resultado, preocupação com o contexto e reconhecimento da influência do pesquisador sobre a pesquisa e vice e versa¹⁰.

⁸ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 175.

⁹ ROTH, Ronaldo João. *Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>.

¹⁰ MOREIRA, Daniel Augusto. *O método fenomenológico na pesquisa*, p. 25.

Trata-se também de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, revistas, internet, leis e jurisprudências.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, que segundo Oliveira, foi desenvolvido por Karl Popper em 1975. A partir de uma crítica ao método indutivo, Popper desenvolveu um método em que todo problema deve ser investigado de maneira crítica e racional através de conjecturas e hipóteses¹¹. Para sua utilização, Kaplan afirma ser necessário que:

[...] O cientista através de uma combinação de observação cuidadosa, hábil, antecipações e intuição científica, alcança um conjunto de postulados que governam os fenômenos pelo quais está interessado, daí deduz ele, as consequências por meio da experimentação e, dessa maneira, refuta os postulados, substituindo-os, quando necessário, por outros e assim prossegue¹².

Assim, de acordo com Oliveira, “o método hipotético-dedutivo parte de um problema da realidade, levanta hipótese(s) ou conjecturas que, por sua vez, são testadas pela experimentação, para chegar a determinadas conclusões”¹³.

Quanto ao nível de aprofundamento foram utilizados os tipos exploratório e descritivo. Segundo Alves:

Explorar é tipicamente a primeira aproximação de um tema e visa criar maior familiaridade em relação a um fato ou fenômeno. Quase sempre busca-se essa familiaridade pela prospecção de materiais que possam informar ao pesquisador a real importância do problema, o estágio em que se encontram as informações já disponíveis a respeito do assunto, e até mesmo, revelar ao pesquisador novas fontes de informação. Por isso a pesquisa exploratória é quase sempre feita como levantamento bibliográfico, entrevistas com profissionais que estudam/atuam na área, visitas a web sites, etc¹⁴.

Já o nível descritivo procura descrever um fato ou fenômeno. Por isso a pesquisa descritiva é um levantamento das características conhecidas, componentes do fato/fenômeno/problema. É normalmente feita na forma de levantamentos ou observações sistemáticas do fato/fenômeno/problema escolhido¹⁵.

¹¹ OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer pesquisa qualitativa*, p. 37.

¹² KAPLAN, Abraam. *A conduta na pesquisa: metodologia para as ciências do comportamento*, p. 12.

¹³ OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer pesquisa qualitativa*, p. 37.

¹⁴ ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*, p. 53.

¹⁵ ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*, p. 26.

Capítulo 1

DIREITO PENAL MILITAR E CRIME MILITAR

1.1 FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL MILITAR

A Constituição Federal, a fim de garantir a Soberania e a Independência Nacional, criou vários dispositivos jurídicos e instituições para viabilizar materialmente aqueles princípios, elencados a categoria de fundamentais. Em relação às instituições, a Carta Magna estabelece que:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem¹⁶.

Portanto, segundo Fagundes, as Forças Armadas são os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. Em função da consciência que tenham de sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania¹⁷.

Além das atribuições constitucionais básicas, as Forças Armadas exercem também as chamadas atribuições subsidiárias, como o policiamento dos mares e águas interiores, o controle do tráfego aéreo, o patrulhamento das fronteiras, o policiamento ostensivo das cidades em caso de grave crise na segurança pública, a cooperação em atividades de defesa civil em caso de catástrofe de grande repercussão e por fim a participação em missões de paz e ajuda humanitária no exterior, tudo devidamente disciplinado na Lei Complementar 97/1999 (organização, preparo e emprego das Forças Armadas).

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹⁷ FAGUNDES, Seabra *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 773.

Para consecução de todas estas atribuições, o *caput* do artigo 142 da CF elencou expressamente a hierarquia e a disciplina como princípios basilares da organização destas instituições. No ensinamento de Figueiredo, “a hierarquia e a disciplina nas Forças Armadas são mais do que apenas os pilares básicos que as sustentam, sob o ponto de vista jurídico, são princípios constitucionais”¹⁸. Sobre as definições destes princípios, José Afonso da Silva aduz que:

Hierarquia é o 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 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 hierárquicos¹⁹.

Assim, tendo em vista as peculiaridades das corporações militares e com o fim de resguardar os princípios da hierarquia e disciplina, necessário é o estabelecimento de um Direito especial. É neste contexto de especificidade que se situa o Direito Penal Militar, que é definido por Cruz e Miguel como:

Um ramo do Direito Penal, criado não com a finalidade de definir crimes para militares, mas sim de criar regras jurídicas destinadas à proteção das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais. Essa especialização se justifica na medida em que entendemos que a sociedade civil tem como base a liberdade, enquanto as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina, seus princípios basilares²⁰.

Para que essa proteção seja levada a cabo pela norma penal, necessário se torna a seleção dos bens jurídicos vitais que deverão ser tutelados, já que o objeto da ciência do Direito Penal, tanto o comum quanto o militar, é a proteção dos bens ou interesses juridicamente relevantes. Neste sentido, Loureiro Neto entende que:

¹⁸ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Hierarquia e disciplina, vigas mestras das forças armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais. *Revista Direito Militar*, p. 07.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 775.

²⁰ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 01.

O conceito de bem jurídico é variável no tempo, pois está ligado às concepções ético-políticas dominantes. Assim, o conceito de traição não possui a mesma valoração no mundo civil e no militar. Enquanto a embriaguez no código penal militar é considerada crime em determinadas situações, ela é irrelevante ao legislador penal comum em considerá-la como crime. Quando se trata do ordenamento jurídico militar, a lei penal visa exclusivamente os interesses do Estado e das instituições militares²¹.

Portanto, segundo Cruz e Miguel, a lei penal castrense elenca seus bens jurídicos tendo em vista a proteção dos princípios basilares das Forças Armadas. Exemplificando, consideram-se bens jurídicos a autoridade e a disciplina militar, o serviço e o dever militar, definindo como crimes a deserção, a recusa de obediência, o desrespeito a superior, etc., condutas essas que não apresentam qualquer relevância para a sociedade civil, mas de fundamental importância para o regular funcionamento das instituições militares²². Assim, o Direito Penal Militar tem como fundamento a proteção dos bens jurídicos indispensáveis às instituições militares, sendo estes bens decorrentes dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina. Longe de ser um privilégio de classe, o direito penal castrense mostra-se fundamental na manutenção destas instituições.

1.2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL MILITAR

Desde os primórdios da humanidade os agrupamentos humanos necessitaram designar alguns de seus homens para protegerem o bando. Com o surgimento das primeiras civilizações formou-se os exércitos profissionais, encarregados da defesa e expansão territorial do reino. Com a evolução destas civilizações, notadamente na área jurídica, criaram-se normas destinadas aos corpos militares. Loureiro Neto ensina que:

Evidências históricas permitem deduzir que alguns povos civilizados da antiguidade, como Índia, Atenas, Pérsia, Macedônia e Cartago, conheciam a existência de certos delitos militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares, especialmente em tempo de

²¹ LOUREIRO NETO. *Direito penal militar*, p. 07.

²² CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 01.

guerra. Mas foi em Roma que o Direito Penal Militar adquiriu vida própria, considerado como instituição jurídica²³.

Este Direito Penal Militar romano se desenvolveu juntamente com o aperfeiçoamento das instituições militares romanas por necessidade de expansão do império. Lobão explica que:

Os romanos identificaram a necessidade de um Direito Penal especial direcionado para tutelar a disciplina e a hierarquia militar em suas legiões que se espalharam pelo mundo conhecido, conquistando regiões imensas da Europa, da África, da Ásia. Vico acrescenta que o crime militar não era desconhecido do Direito Romano, no qual a violação do dever militar alcançou noção jurídica perfeita e científica, o que explica porque Roma conquistou o mundo com o rigor da disciplina militar²⁴.

Devido às conquistas e a conseqüente romanização dos povos ocidentais, os institutos jurídicos desta antiga civilização influenciaram a formação do Direito daqueles povos. Por isso, assim como no Direito Civil, o Direito Romano é a principal fonte histórica do Direito Penal Militar. É da civilização romana que veio o adjetivo castrense, usualmente empregado nos textos jurídicos. Haddad explica que “castrense é aquilo que se refere aos *castrun*, fortificação que servia de acampamento militar romano, tido como antecessor dos castelos medievais. Daí, por extensão, castrense é o mesmo que militar”²⁵.

O Brasil, enquanto foi colônia de Portugal, submeteu-se à legislação de sua metrópole, herdeira do sistema jurídico romano. Durante aquele período, houve as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas, todas contendo a legislação castrense. No entanto, de acordo com Lobão, a lei militar mais importante do período foram os denominados Artigos de Guerra do Conde de Lippe, integrante do Regulamento expedido pelo Alvará de 1763²⁶.

Segundo o ensinamento histórico de Zaffaroni, Wilhelm Schaumburg Lippe, o Conde de Lippe, nasceu em Londres em 1724. Aprendera novas regras de guerra servindo no Exército da Prússia. No contexto de conflitos armados entre Portugal e Espanha e entre Inglaterra e França, no século XVIII, o Marquês de Pombal, Secretário de Estado português, solicitou à Inglaterra que envia-se um alto oficial

²³ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 04.

²⁴ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 17.

²⁵ HADDAD, José Ricardo ET. AL. *Poder judiciário e carreiras jurídicas*, p. 30.

²⁶ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 17.

com a missão de reestruturar as tropas portuguesas, que estavam em estado de degradação, recaindo essa indicação na pessoa do Conde de Lippe. Ele escreveu seu regulamento contendo 27 capítulos, o penúltimo deles intitulado ‘Dos Artigos de Guerra’, com 29 artigos, mesclando matéria disciplinar e penal militar²⁷. Tais artigos eram extremamente severos, fazendo uso intensivo de pena de morte, das penas corporais e infames. Getúlio Côrrea explica que:

Como exemplo do rigor dos Artigos de Guerra, destacam-se o seu artigo 4º — Todo o Militar que commeter uma fraqueza, escondendo-se, ou fugindo, quando fôr preciso combater, será punido com a morte, o seu artigo 15 — Todo aquele que fôr cabeça de motim, ou de traição, ou tiver parte, ou concorrer para estes delictos, ou souber que se urdem, e não delatar a tempo os agressores, será infallivelmente enforcado, ou o seu famoso artigo 5º — Todo o Militar que, em uma batalha, acção, ou combate, ou em outra occasião de Guerra, der um grito de espanto, como dizendo: - O inimigo nos tem cercado – Nós somos cortados – Quem puder escapar-se, escape -, ou qualquer palavra semelhante, que possa intimidar as tropas; no mesmo instante o matará o primeiro Official mais próximo, que o ouvir e se por acaso isto lhe não succeder, será logo preso, e passará pelas armas por Sentença do Conselho de Guerra – o qual levava o autor desse delicto à morte, seja pela espada do Official mais próximo, e portanto, sem qualquer julgamento, seja após sentença do conselho de Guerra, este sendo obrigado a decidir também pela morte, pela própria redação dada a esse artigo 5º²⁸.

Nem a transferência da Família Real para o Brasil em 1808 e nem a independência política em 1822 afetaram a vigência dos Artigos de Guerra, que perduraram até o início da República. Zaffaroni cita dois episódios do uso destes artigos de guerra:

O primeiro é um acórdão do Conselho Supremo Militar de Justiça, de 17 de outubro de 1855, condenando um soldado “à pena de carrinho perpétuo”; somente em maio de 1891, após a Proclamação da República, cuja Constituição abolira a pena equiparável de galés, um decreto ordenou a liberação de todos os condenados ao carrinho. O segundo está descrito por uma testemunha *de visu*: dois soldados receberam, durante a guerra do Paraguai, respectivamente 1.500 e 1.800 pranchadas, expediente usado pelo comando para aplicar a pena de morte sem arcabuzá-los, evitando a obrigatória comunicação ao imperador, que poderia comutá-la, e violando o limite de 50 previsto nos artigos do conde de lippe²⁹.

²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. AL. *Direito penal brasileiro – I*, p. 312.

²⁸ CORRÊA, Getúlio. *Direito militar - história e doutrina - artigos inéditos*, p. 23.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. AL. *Direito penal brasileiro – I*, p. 313.

Assim, observa-se que as penas militares no período colonial e no império eram extremamente cruéis, recaindo a pena no corpo do condenado. Ainda segundo Zaffaroni:

Durante o império, apenas escravos e soldados eram submetidos a penas corporais, e se em 1886 a pena de açoites foi abolida para os escravos, subsistiu para os soldados até o início do século XX, como demonstra suficientemente o episódio de 1910 conhecido como revolta da chibata³⁰.

Com a Proclamação da República, sob os influxos liberais, surgiu um esforço para unificar e legislação militar esparsa que existia até então. Assim, surgiu o Código da Armada, expedido pelo decreto nº 18, de 7 de março de 1891, que foi ampliado ao Exército pela Lei nº 612, de 28 de setembro de 1899, e aplicado à Aeronáutica pelo Decreto-lei nº 2.961, de 20 de janeiro de 1941. Assis explica que neste código havia as seguintes penas:

a) Morte, por fuzilamento; b) prisão com trabalho, sendo que a dos oficiais era convertida em prisão simples; c) prisão simples; d) degradação militar, que era acessória, produzindo ainda os seguintes efeitos: perda do posto, honras militares e condecorações, incapacidade para servir na armada ou no exército, e exercer funções, empregos e ofícios públicos, perda de direitos e recompensas por serviços anteriores; e) destituição, que produzia os efeitos de perda de posto, honras militares e condecorações com inabilitação para voltar ao serviço militar em qualquer posto ou emprego; f) demissão, que privava o condenado do posto ou emprego que efetivamente ocupava e de todas as vantagens inerentes aos mesmos, exceto o montepio; privação de comando, que inibia o condenado de exercer qualquer comando em terra, ou no mar, pelo tempo da sentença; h) reforma, que sujeitava o condenado a deixar a efetividade do serviço no posto ou emprego que ocupasse, percebendo metade do soldo que teria a reforma se não fosse forçada³¹.

Em 24 de janeiro de 1944, pelo Decreto-lei nº 6.227, foi editado o Código Penal Militar de 1944, resultado do trabalho do Desembargador Sílvio Martins Teixeira. Ainda segundo Assis, neste código foi aceita as principais penas estabelecidas no Código Penal comum de 1940, acrescentadas outras necessárias e copatíveis com a função militar do condenado, como a suspensão do

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. AL. *Direito penal brasileiro – I*, p. 311.

³¹ ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*, p 19.

exercício do posto e da reforma. A pena de morte foi cominada para o tempo de guerra. Ficou estabelecido que a privação da liberdade, imposta por mais de dois anos, acarreta, para o oficial, a perda do posto e da patente e, para a praça a exclusão das Forças Armadas. Quando, porém, a pena privativa de liberdade não excedesse de dois anos, ela seria convertida em prisão, cumprindo-a, o oficial em recinto militar, e a praça em presídio militar³².

Finalmente, vige atualmente, desde 1º de janeiro de 1970, o Código Penal Militar, expedido pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Tal lei é fruto do trabalho de uma comissão integrada pelos professores Benjamin Moraes Filho, José Telles Barbosa e pelo autor do Anteprojeto, professor Ivo D' Aquino. Tal código manteve basicamente as penas do código anterior.

1.3 CRIME MILITAR

Não existe na lei um conceito de crime militar. O Código Penal Militar apenas o enumera e define os tipos. Portanto, a definição do que seja o delito militar encontra-se na doutrina. Segundo Lobão:

Crime militar é a infração penal prevista na Lei Penal Militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar, e ao serviço militar³³.

Por esta definição, fica claro que a lei visa tutelar as instituições militares e não à pessoa do militar, visto que a proteção das pessoas é função do Código Penal comum. Loureiro Neto explica que a expressão crimes militares pode ser entendida em três acepções diferentes:

A primeira, no sentido mais extenso da expressão, significa todo delito em que o autor está sujeito à jurisdição dos tribunais militares. Na segunda, mais usual, compreende as infrações que são objeto de dispositivos especiais nas leis penais militares. Por último, no sentido mais restrito, compreende aquelas infrações somente cometidas por

³² ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*, p 20.

³³ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 31.

militares, em razão das obrigações particulares que lhes incumbem nessa qualidade³⁴.

As duas últimas acepções são as mais aceitas pela doutrina, sendo a primeira, de caráter processualista, tida como superada.

Em razão da diversidade de conceitos e classificações, necessário compreender a distinção entre crimes militares próprios e impróprios e os critérios de classificação.

1.3.1 Crimes militares próprios e impróprios

Os delitos militares classificam-se em próprios e impróprios. Tal distinção é de extrema importância porque a lei trata os dois tipos de delito de maneira distinta. Um exemplo é o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (sem grifo no original)³⁵.

Isso significa que no caso da prática de um crime militar próprio é dispensada ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a prisão do infrator. Tal situação não é admissível caso o agente pratique um crime militar impróprio. O Código Penal comum também dá tratamento diverso no caso da prática de um crime militar próprio. Determina o artigo 64 do Código Penal que “para efeito de reincidência: II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos” (sem grifo no original)³⁶. Isso significa que, caso alguém venha a praticar um crime depois de ter sido condenado pela prática de um crime militar próprio com sentença transitada em julgado, ainda assim não será considerado reincidente para efeitos penais.

O artigo 9º do Código Penal Militar trata dos crimes militares próprios no inciso I e dos crimes militares impróprios nos incisos II e III:

³⁴ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 15.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

³⁶ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

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

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)³⁷.

Em relação ao crime militar próprio, pela interpretação literal do inciso I, basta que o tipo penal previsto no Código Penal Militar não esteja previsto em nenhuma outra lei penal que o delito será classificado como próprio. O dispositivo determina

³⁷ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

também que tanto o civil quanto o militar podem ser sujeitos ativos de crime militar próprio. Porém, essa não é a interpretação adotada pela maioria dos doutrinadores. Loureiro Neto, comentando o dispositivo acima citado, ensina que:

A expressão 'qualquer que seja o agente' enseja o entendimento de que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o militar quanto o paisano ou civil. Ocorre que há determinados crimes cujo sujeito ativo é exclusivamente o militar, nas hipóteses supracitadas. Mas é de se atentar que o mesmo ocorre com o civil, como no crime de insubmissão (art. 183). Por isso entendemos que os crimes puramente militares somente compreendem aqueles que só podem ser cometidos por militares, que na lição de Esmeraldino Bandeira constituem 'um resíduo de infrações irredutíveis ao direito comum'³⁸.

Assim, para este doutrinador, crime militar próprio está diretamente ligado com a função militar, não podendo ter como sujeito ativo o civil, que não está sujeito às obrigações militares. No mesmo sentido é o entendimento de Lobão, onde:

Crime propriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar, sem correspondência na lei penal comum, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. É infração castrense exclusiva do militar como assentado desde a origem romana do crime militar³⁹.

Assim, pela lição dos citados doutrinadores, chega-se a conclusão de que crime militar próprio é aquele previsto somente no Código Penal Militar e que tem como sujeito ativo o militar, que tem especiais deveres com o Estado. São exemplos de crimes militares próprios: motim (art. 149), recusa de obediência (art. 163), deserção (art. 187), abandono de posto (art. 195), embriaguez em serviço (art. 202) e dormir em serviço (art. 203). O crime de insubmissão (art. 183), embora previsto somente no CPM, não é crime militar próprio porque seu sujeito ativo somente pode ser o civil.

Já os crimes militares impróprios são os tipos que possuem igual tipificação no CPM e nas leis penais comuns, mas pelas regras dos incisos II e III, tornam-se crimes militares. No caso do inciso II, o sujeito ativo será o militar da ativa. No inciso

³⁸ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 19.

³⁹ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 38.

III, o sujeito ativo será o militar da reserva, reformado ou o civil. Crime imprópriamente militar é definido por Lobão como:

Infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão do soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses, tendo como sujeito ativo o militar ou o civil⁴⁰.

São delitos comuns que, por afetarem os bens jurídicos das instituições militares, recebem tratamento diverso pela lei penal castrense. Neste caso, o sujeito ativo pode tanto ser o civil quanto o militar. São exemplos de crimes militares impróprios o homicídio (art. 205), o furto (art. 240) e a apropriação indébita (art. 248).

Conforme o exposto, muito embora a doutrina entenda que o civil não possa ser autor de crime militar próprio, não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que admite a prática de crime militar próprio por civil na forma de coautoria, conforme se verifica no julgado abaixo:

[...] Denúncia que descreve fato típico, em tese, de forma circunstanciada, e faz adequada qualificação dos acusados, não enseja o trancamento da ação penal. Embora não exista hierarquia entre um sargento e um funcionário civil da Marinha, a qualidade de superior hierárquico daquele em relação à vítima, um soldado, se estende ao civil porque, no caso, elementar do crime. Aplicação da teoria monista. Inviável o pretendido trancamento da ação penal. HABEAS indeferido (sem grifo no original) ⁴¹.

Neste caso, um civil foi acusado por um crime militar próprio porque agiu em coautoria com um militar, circunstância elementar do crime que se comunicou ao agente civil por ser a condição de militar elementar do crime. A teoria monista foi o fundamento para essa decisão. No entanto, tal decisão é alvo de críticas dos doutrinadores. Lobão explica que:

Caso a conduta do civil identifique-se com o crime propriamente militar, escapa da competência da Justiça Militar federal, diante da vedação constitucional (art. 5º, LXI) de submetê-lo à Justiça castrense pela prática de crime propriamente militar. Entretanto, poderá responder na Justiça Militar, se os atos praticados estiverem

⁴⁰ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 44.

⁴¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 81438/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 11 dezembro de 2001.

definidos em outra norma do CPM classificada como crime impropriamente militar, ou na Justiça comum se tal conduta encontrar definição na lei penal comum. Por exemplo, se o militar praticar violência contra superior hierárquico com lesões corporais, em coautoria com o civil, o militar responderá na Justiça Militar (art. 157, § 3º, do CPM), enquanto o civil será processado e julgado somente pelas lesões corporais na Justiça comum, se o evento delituoso não estiver ocorrido em lugar sujeito à administração militar ou a vítima não se encontrava em serviço. Em sentido contrário, veja o HC 81.438 do STF, do qual discordamos, como já tivemos oportunidade de expor⁴².

Portanto, para a doutrina, crime militar próprio somente pode ser praticado por militar. No entanto, o STF entende que civil pode sim ser autor de delito propriamente militar no caso de coautoria. No caso de crime militar impróprio, tanto o civil quanto o militar podem ser sujeito ativo.

1.3.2 Critérios de classificação

Para conceituar o crime militar, a doutrina estabeleceu os seguintes critérios: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

Segundo Giuliani, o critério *ratione materiae*, em razão da matéria, exige que se verifique a dupla qualidade militar: no ato e no sujeito. Os delitos militares *ratione personae*, em razão da pessoa, são aqueles cujo sujeito ativo é o militar, atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente, independente da matéria. O critério *ratione loci*, em razão do lugar, leva em conta o lugar do crime; bastando, portanto, que o delito ocorra em local sob a administração militar, sem levar em conta os sujeitos envolvidos. São delitos militares, *ratione temporis*, em razão do tempo, os praticados em determinada época como, por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios. Já o critério *ratione legis*, em razão da lei, que está presente tanto isolado quanto com os outros critérios, é aquele que diz que é crime militar aquele que o Código Penal Militar define como tal⁴³.

Sobre os critérios, Mayrink da Costa ensina que:

O legislador, no Decreto-lei nº 1.001, adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei obviamente considera como tal. Não

⁴² LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 38.

⁴³ GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. *Direito penal militar*, p. 34.

define, enumera. Não quer dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione numeris*. Apenas não são expressos, pois o estudo do art. 9º revela que, na realidade, estão todos ali contidos⁴⁴.

A adoção do critério *ratione legis* é a mais coerente em virtude do princípio da legalidade que deve vigorar no Estado Democrático de Direito. No entanto, para fazer essa construção legal do que seja o crime militar, necessário a adoção daqueles outros critérios.

1.4 TEORIA DO FATO PUNÍVEL NO DIREITO PENAL MILITAR

Denomina-se teoria do fato punível a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa de explicar quais são os elementos que devem ter qualquer delito. Para que uma conduta possa ser classificada como criminosa, ela deve necessariamente preencher determinados requisitos. De acordo com a doutrina majoritária, os elementos que compõe o crime são o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, formando assim o conceito tripartite do delito. Welzel aduz que:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior⁴⁵.

Assim, necessário estudar cada um destes elementos da teoria do fato punível à luz do Código Penal Militar, com ênfase nas diferenças em relação ao Código Penal comum.

⁴⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*, p. 132.

⁴⁵ WELZEL, Hans *apud* GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 131.

1.4.1 Fato típico

O fato típico é composto pela conduta do agente; pelo nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e pela tipicidade penal.

A conduta do agente, ou ação, como primeiro elemento conceitual do crime, é o ponto de partida do chamado direito penal do fato, que se opõe ao direito penal do autor. De acordo com Assis, segundo a teoria finalista da ação, elaborada na cátedra de Hanz Welzel e adotada pela quase unanimidade dos penalistas contemporâneos, ação é o exercício de uma atividade final, pois todo comportamento do homem tem uma finalidade que desencadeia a ação, fazendo com que a conduta seja dolosa ou culposa⁴⁶. Partindo desta premissa, a conduta do agente deve necessariamente ser dolosa ou culposa, sob pena de restar descaracterizado o fato típico. O Código Penal Militar traz as definições de dolo e culpa:

Art. 33. Diz-se o crime:

Culpabilidade

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Excepcionalidade do crime culposo

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente⁴⁷.

Segundo Greco, dolo é a vontade livre e consciente dirigida à realização da conduta prevista no tipo penal incriminador⁴⁸. De acordo com Lobão:

O dolo é composto de dois elementos: consciência e vontade. Consciência é conhecimento da ação e das 'circunstâncias prevista na incriminação da conduta do agente, do fato, do resultado, e da correspondente relação de causalidade'. Vontade consiste na atividade do agente orientada para realização do objetivo desejado pelo agente⁴⁹.

⁴⁶ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 76.

⁴⁷ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 177.

⁴⁹ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 159.

Nos termos do inciso I exposto acima, Cruz e Miguel explicam que o dolo pode ser direto ou indireto. Diz-se direto o dolo do agente quando este quer praticar o delito e passa a tomar todas as medidas possíveis para alcançar o seu objetivo (teoria da vontade). Já o dolo indireto ocorre quando o agente não deseja diretamente a produção do resultado, mas assume o risco de produzi-lo (teoria do assentimento) ⁵⁰.

Em relação ao delito culposo, previsto no inciso II citado acima, Loureiro Neto entende que “a culpa do agente deve referir-se ao resultado e essa referência é através da previsibilidade que se estabelece. É o fato de o agente dever e poder prever o resultado e de não o ter feito que estende até ele sua responsabilidade” ⁵¹. A redação deste inciso, segundo Assis, prevê que a culpa pode ser consciente ou inconsciente. Na culpa inconsciente ou comum, o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível, visto que ele não empregou a cautela, atenção ou diligência. Na culpa consciente, ou culpa com previsão, o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-lo. A distinção tem relevância para a fixação da pena ⁵².

De acordo com o parágrafo único citado acima, os crimes militares são, em regra, dolosos. Assim, em princípio, o agente só responde pelos fatos que praticar se quiser realizar a conduta típica. Somente ocorrerá crime culposo quando o fato for previsto expressamente na lei, na forma culposa, pois a culpa não se presume.

O segundo elemento do fato típico é o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado. Tem previsão expressa no artigo 29 do Código Penal Militar, assim redigido:

Relação de causalidade

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores imputam-se, entretanto, a quem os praticou.

Relevância da omissão

§2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem,

⁵⁰ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 79.

⁵¹ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 43.

⁵² ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 99.

de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência⁵³.

Nos termos do *caput* do artigo citado acima e de acordo com a lição de Greco, o nexo de causalidade é o liame subjetivo existente entre a conduta do agente e o resultado, sendo este o naturalístico (produz modificação no mundo exterior) ou o jurídico (lesiona ou ameaça de lesão o bem jurídico tutelado)⁵⁴. Segundo Cruz e Miguel:

O código adotou a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Tudo o que concorrer de alguma forma para o resultado é considerado sua causa. Desse modo, para se saber se uma conduta foi causa de um resultado naturalístico, devemos utilizar o processo hipotético de eliminação de Thyren que consiste em eliminar aquela conduta e verificar se, ainda assim, ocorreria aquele resultado⁵⁵.

Essa conduta do agente, impregnada de dolo ou culpa, pode se dar na forma comissiva ou omissiva. Quando o agente faz alguma coisa que estava proibido, fala-se em crime comissivo; quando deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado, tem-se um crime omissivo.

De acordo com Greco, crimes omissivos podem ser próprios ou impróprios. Crimes omissivos próprios são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o agente se omita quando deve agir⁵⁶.

Na lição de Assis, crimes omissivos impróprios são aqueles em que, para sua configuração, é preciso que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado. Esse dever de agir não é atribuído a qualquer pessoa, como acontece em alguns crimes omissivos próprios, mas tão somente àquelas que gozem do status de garantidoras da não ocorrência do resultado. Somente assumem a posição de garante aquelas pessoas que se amoldem às situações elencadas no §2º exposto acima. Desta forma, o legislador penal militar estabeleceu que a relação de causalidade nos crimes omissivos impróprios é normativa, ou seja, não existe nexo

⁵³ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁵⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 209.

⁵⁵ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 62.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 221

causal entre a abstenção e o resultado, mas entre o resultado e o comportamento que o agente estava juridicamente obrigado a fazer⁵⁷.

Sobre a superveniência de causa relativamente independente, Lobão ensina que “o §1º limita a teoria da equivalência ao estatuir que causa relativamente independente da ação do agente, fora da cadeia de fatos que acarretaram o resultado, exclui a responsabilidade criminal”⁵⁸. Ou seja, tudo aquilo que não for um desdobramento natural da causa não pode ser imputado ao agente, devendo este responder somente pelos atos praticados anteriormente.

Por fim, de acordo com Assis, o último elemento necessário à caracterização do fato típico é a tipicidade. Os tipos, previstos na parte especial do Código Penal Militar, contém o injusto, a descrição em abstrato do crime. O tipo é o verdadeiro divisor de águas entre o lícito e o ilícito, pois o que não estiver tipificado é lícito, é atípico. Desta forma, tipicidade é a qualidade da conduta que pode ser típica ou atípica⁵⁹.

1.4.2 Antijuridicidade

Segundo Greco, antijuridicidade, ou ilicitude, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico⁶⁰. Quando um agente comete um fato típico, mas estiver amparado por uma das causas de exclusão da antijuridicidade, não haverá crime. As causas de exclusão da antijuridicidade, no Código Penal Militar, estão previstas no artigo 42, assim redigido:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal;

IV – em exercício regular do direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque⁶¹.

⁵⁷ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 78.

⁵⁸ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 151.

⁵⁹ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, ps. 79-80.

⁶⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 299.

⁶¹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

De acordo com o entendimento de Cruz e Miguel, o estado de necessidade, como excludente da antijuridicidade, é a situação de quem pratica um fato para preservar direito seu ou de outrem de algum perigo, atual ou iminente, e desde que o mal causado seja inferior ao mal evitado (CPM, artigo 43). Ao contrário do Código Penal comum, que adotou a teoria unitária do estado de necessidade, o Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora, pois prevê o estado de necessidade como excludente de crime (artigo 42 – justificante) e como excludente de culpabilidade (artigo 39 – exculpante) ⁶².

A legítima defesa ocorre quando alguém, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ensina Lobão que:

Agressão injusta é contrária à lei e põe em perigo ou causa lesão ao direito de quem repele a agressão ou de outrem. Deve ser atual ou eminente. A agressão anterior não autoriza defesa legítima, é incompatível com a reação de quem sofreu agressão. O ato de repelir agressão deve ser moderado com utilização de meios necessários, isto é, os meios utilizados devem guardar compatibilidade com o ato do agressor, sem esquecer a compatibilidade com a situação que se apresenta... ⁶³.

Portanto, a legítima defesa necessita de moderação, sob pena de o agente responder pelo excesso que cometer.

No estrito cumprimento do dever legal, segundo Cruz e Miguel, o agente cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico, praticando uma conduta lícita. Esse dever deve constar de lei, decreto, regulamento ou qualquer ato administrativo. Exemplo: o soldado que fuzila outro em execução da pena de morte, prevista no artigo 56 do Código Penal Militar. Já no exercício regular de direito, de acordo com os mesmos autores, o agente exercita uma faculdade de acordo com o direito. A sua conduta é lícita, por ser autorizada. Exemplo: intervenções cirúrgicas, violência desportiva ⁶⁴.

Por fim, o parágrafo único prevê uma causa de exclusão da antijuridicidade exclusiva para o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra. Assis entende

⁶² CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 92.

⁶³ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 172.

⁶⁴ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 97.

que tal causa de exclusão da antijuridicidade aplica-se tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, ao mencionar que:

A necessidade de compelir o subordinado ao cumprimento do dever ante a ameaça do desânimo, terror, desordem, rendição, revolta ou saque, excluindo-se a que ocorre no estado de guerra, que já está prevista pois o Código fala em 'praça de guerra', pode perfeitamente desencadear-se, em tempo de paz, em decorrência de uma calamidade ou grave perigo, cujos exemplos já expusemos de início, não só em navio ou em aeronaves, mas também aquartelada, não se justificando o alcance restrito da hipótese discriminante, quando o comandante busque salvar vidas e bens materiais ou evitar o esfacelamento da autoridade ou de ordem militar⁶⁵.

Apesar deste doutrinador entender que esta causa de justificação possa ser aplicada também em tempo de paz, não é este o posicionamento de Lobão, para quem:

O artigo merece reparo ao mencionar praça de guerra e rendição que pressupõe tempo de guerra, portanto, incompatíveis com o tempo de paz. Praça de guerra seria a reunião de militares em número considerável em recinto fortificado com armamento, veículos utilizados em combate, tudo mais necessário para que os militares estejam em condições de enfrentar o inimigo. Assim também, rendição significa depor armas diante do inimigo em tempo de guerra⁶⁶.

Portanto, entendemos que a melhor posição é a primeira, que entende que essa causa de exclusão possa ser aplicada também em tempo de paz, desde que observe as cautelas exigidas para as demais causas de exclusão da antijuridicidade.

1.4.3 Culpabilidade

Segundo Greco, “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”⁶⁷. Os três elementos da culpabilidade são: imputabilidade penal; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

⁶⁵ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 121.

⁶⁶ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 171.

⁶⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 363.

1.4.3.1 Imputabilidade

Assis explica que “imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais de sanidade e maturidade que dão ao agente capacidade para lhe ser imputada juridicamente a prática de um fato punível”⁶⁸. Todo agente é imputável, desde que não haja alguma destas causas de exclusão da imputabilidade: doença mental; desenvolvimento mental retardado; embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior; desenvolvimento mental incompleto em razão da idade.

A exclusão da imputabilidade proveniente de doença mental ou desenvolvimento retardado está prevista no artigo 48 do CPM assim redigido:

Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento incompleto ou retardado⁶⁹.

De acordo com Cruz e Miguel, doença mental é a perturbação de qualquer ordem (psicose e psicopatias), incluindo-se, ainda, a dependência patológica de substância psicotrópica (drogas). O critério adotado para aferição da imputabilidade é o biopsicológico, que é composto de três elementos: causal, cronológico e consequencial. Assim, um agente somente será considerado inimputável se, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (causal), no momento da ação ou omissão (cronológico), não possuir a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (consequencial). Não basta, portanto, que o agente seja portador de doença mental, sendo necessário que, no momento do crime, essa doença tenha lhe retirado à capacidade de entender o caráter ilícito do fato⁷⁰.

A exclusão da imputabilidade em decorrência de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior está prevista no artigo 49 assim redigido:

Art. 49. Não é igualmente imputável o agente que, por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter

⁶⁸ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 137.

⁶⁹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁷⁰ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, ps. 105-106.

criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁷¹.

Ainda na lição de Cruz e Miguel, embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos (morfina, cocaína), cujas consequências variam desde uma ligeira excitação até o estado de paralisia ou coma⁷². Para que possa excluir a imputabilidade, é necessário a conjugação dos elementos causal, cronológico e consequencial citados anteriormente. Ensina Lobão que:

Caso fortuito consiste em acontecimento não previsto pelo indivíduo, e cujo efeito não pôde impedir, p. exemplo, portador de intolerância ao álcool ingere alimento temperado com essa substância, desconhecendo o efeito do tempero em seu organismo vindo a embriagar-se completamente. Força maior ocorre quando o agente é submetido à força física superior à sua, contra a qual não tem condições de resistir, sendo obrigado a ingerir substância que ocasione embriaguez completa⁷³.

Portanto, nos casos de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, se o agente não tiver o necessário discernimento para entender o caráter ilícito do fato, será considerado inimputável, e, portanto não haverá crime. Porém, Assis alerta que:

Fora dos casos da embriaguez patológica e da embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, subsiste a responsabilidade, surgindo então à velha e debatida tese da *actio libera in causa*. Justifica-se a punição porque o ato inicial (embriaguez) foi voluntário, consciente, constitui parte integrante do crime no dizer de Sílvio Martins Teixeira, prendendo-se à realização pelo nexo de causalidade, embora já (quando ocorre o crime) haja consciência ou apenas semi-inconsciência⁷⁴.

A exclusão da imputabilidade em decorrência da menoridade vem prevista nos artigos 50, 51 e 52 do CPM assim redigidos:

Menores

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento

⁷¹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁷² CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 107.

⁷³ LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*, p. 182.

⁷⁴ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 143.

psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

Equiparação a maiores

Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:

- a) os militares;
- b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
- c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Art. 52. Os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial⁷⁵.

Estes artigos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 228, dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”⁷⁶. Logo, se o agente for menor de dezoito anos, não praticará crime militar, mas sim um ato infracional, de acordo com o disposto no artigo 103 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Assis, tal lei não distingue o crime comum do militar, assim, se um adolescente militar (cadetes, alunos do curso de formação de oficiais) vier a praticar um fato definido como crime no Código Penal Militar, tal conduta transforma-se em ato infracional a ser apurado em procedimento especial estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁷.

1.4.3.2 Potencial consciência da ilicitude

De acordo com Greco, potencial consciência da ilicitude consiste na capacidade que tem o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento⁷⁸. No Código Penal Militar, a única causa de exclusão prevista neste caso está no artigo 38, alínea b, assim redigido:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:
[...]

⁷⁵ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁷⁷ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 144.

⁷⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 363.

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços⁷⁹.

Sabe-se que a hierarquia e a disciplina formam os pilares das Forças Armadas e sem obediência ao superior não há como se admitir o regular funcionamento de uma unidade militar. Atento a isso, o legislador criou a referida causa de exclusão da culpabilidade, excluindo o caráter criminoso da conduta do subordinado que agiu no cumprimento de ordem de seu superior.

Na lição de Loureiro Neto, para que o subordinado possa ser beneficiado por esse dispositivo legal, é necessário: que a ordem seja de um superior, ou seja, no conceito dado pelo artigo 24 do Código Penal Militar; que a ordem seja relativa ao serviço, entendendo-se este como aquele relacionado dentro das atribuições funcionais do subordinado, que atendam aos interesses da corporação a que pertence e não as que beneficiem interesses particulares; que a ordem seja da competência funcional do superior, uma vez que os regulamentos militares e normas gerais de ação dispõem a respeito das atribuições funcionais do posto e graduação de todo militar; por fim, que a ordem obedeça aos requisitos formais, podendo ser de natureza escrita, verbal e por sinais convencionais⁸⁰.

Entretanto, nos termos do § 2º do artigo 38 do Código Penal Militar, a culpabilidade do subordinado não será excluída caso este cumpra a ordem com excesso nos atos ou na forma da execução.

Também não estará excluída a culpabilidade caso a ordem do superior seja manifestamente ilegal, ou seja, “aquela que qualquer soldado de imediato constata a sua ilegalidade, como exemplo, um superior que determina a um subordinado que atire em um desafeto”⁸¹. Neste caso, aplica-se a chamada teoria da obediência relativa, onde “o inferior pode e deve negar-se a obedecer quando a ordem de serviço for ilegal. O inferior é um ser com inteligência e vontade que pode apreciar a legalidade da ordem e decidir sua consequência”⁸². Portanto, se a ordem do superior for manifestamente criminosa, o subordinado não deverá cumpri-la, sob pena de responder criminalmente por esta conduta.

⁷⁹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁸⁰ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 50.

⁸¹ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 104.

⁸² LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 51.

1.4.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

Segundo Greco, entende-se por exigibilidade de conduta diversa a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana⁸³. No Código Penal Militar, excluem a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa a coação moral irresistível e o estado de necessidade exculpante.

A coação moral irresistível está prevista no artigo 38, assim redigido:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade⁸⁴.

Coação consiste no emprego de força física (*vis absoluta*) ou de grave ameaça (*vis compulsiva*) a fim de que alguém faça ou deixe de fazer algo. De acordo com Cruz e Miguel, apesar do artigo citado acima não distinguir, é preciso ressaltar que nesse dispositivo legal somente está inserida a coação moral, que exclui a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, pois a coação física exclui a própria conduta, sendo tratada no âmbito do fato típico⁸⁵.

Porém, tal distinção existe no artigo 40 do Código Penal Militar, onde determina que “nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material”⁸⁶. Assim, nos delitos capitulados entre os artigos 187 a 304 do *codex castrense*, onde se inclui os delitos de abandono de posto, dormir em serviço e embriaguez em serviço, o agente não poderá erigir em seu favor a exclusão da culpabilidade por coação moral irresistível. Tal dispositivo é de extremo rigorismo, sendo alvo de críticas da doutrina. Loureiro Neto explica que:

Não nos parece exigível do militar tamanho sacrifício, que o torne infenso a ameaças, quando, em face das circunstâncias, não lhe era exigível outra conduta. Não ignoramos, ao contrário, bem o sabemos, que o militar, em razão de sua nobre função, tem deveres e obrigações que em determinadas circunstâncias, como mostra a

⁸³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, p. 395.

⁸⁴ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁸⁵ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 104.

⁸⁶ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

história, exigem o sacrifício da própria vida. Ele mesmo presta juramento nesse sentido. Mas não podemos dar e esse princípio amplitude e interpretação que contrariem frontalmente outro que representa uma conquista do Direito Penal atual, qual seja, *nulla poena sine culpa*⁸⁷.

Desta forma, para este doutrinador, a coação moral irresistível pode e deve ser aplicado, mesmo nos delitos contra o dever militar.

Ressalta-se que, segundo Cruz e Miguel, a coação moral, para ser invocada, deve ser irresistível, ou seja, o coato não tem condições de resistir, pois se for resistível, haverá o crime, e a pena deverá ser apenas atenuada na forma do artigo 41 do Código Penal Militar⁸⁸.

O estado de necessidade exculpante, inovação do Código Penal Militar, está previsto em seu artigo 39 assim redigido:

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa⁸⁹.

A existência do estado de necessidade como excludente da culpabilidade decorre, como já mencionado anteriormente, da adoção pelo legislador da teoria diferenciadora, contrapondo-se a teoria unitária adotada pelo Código Penal comum.

De acordo com a lição de Assis, para que o agente possa invocar o estado de necessidade exculpante é necessário: a existência do perigo de lesão a um bem jurídico, próprio ou de um parente ou pessoa cara ao agente; perigo atual, que não pode ter sido voluntariamente provocado pelo agente do fato necessário; inexistência de outro modo de evitar o perigo; sacrifício de direito alheio igual ou superior ao direito protegido; inexigibilidade de conduta diversa⁹⁰. A diferença fundamental entre o estado de necessidade justificante do estado de necessidade exculpante é que no primeiro o bem jurídico sacrificado é menor que o bem protegido, já no segundo o bem jurídico sacrificado é igual ou superior ao bem protegido.

⁸⁷ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 48.

⁸⁸ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, p. 102.

⁸⁹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

⁹⁰ ASSIS, Jorge César de Assis. *Comentários ao código penal militar*, p. 114.

Capítulo 2

DIREITO DISCIPLINAR MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

O Direito Administrativo Disciplinar Militar, ou simplesmente Direito Disciplinar Militar, é uma disciplina jurídica cujo estudo como ramo próprio do Direito é relativamente recente no Brasil. As normas que regulamentam o exercício do poder disciplinar nas instituições públicas decorrem do Direito Administrativo. Porém, devido às peculiaridades que o exercício desse poder disciplinar apresenta, é possível falar em Direito Disciplinar, que é derivado do Direito Administrativo. Assis, apoiado na lição de José Armando da Costa, aduz que “direito disciplinar é o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”⁹¹.

Os militares, por expressa disposição constitucional, possuem um regime jurídico próprio, diferenciado dos demais servidores públicos. Decorrente disto, a doutrina jurídica reconhece como ramos autônomos o Direito Administrativo Militar e o Direito Administrativo Disciplinar Militar, sendo este derivado daquele. Porém, trata-se de disciplinas distintas. Direito Administrativo Militar é definido por Duarte como:

Sub-ramo do Direito Administrativo Comum, que, através de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos agentes/servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às Forças Militarizadas⁹².

Este ramo jurídico estuda questões como organização das Forças Armadas, formas de ingresso, remuneração, transferência para a reserva, reforma, etc...

Já o Direito Disciplinar Militar é definido por Assis como:

⁹¹ ASSIS, Jorge César de Assis. *Curso de direito disciplinar militar*, p. 81.

⁹² DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*, p. 04.

Aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferido por lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Poder Judiciário quando julga as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares⁹³.

Este ramo, portanto, estuda especificamente o exercício do poder disciplinar das autoridades militares sobre seus subordinados. Observa-se que o Direito Disciplinar Militar é bem específico, por isso alguns doutrinadores o entendem como parte integrante do Direito Administrativo Militar.

Outro fundamento que demonstra a autonomia do Direito Disciplinar Militar é a sua raiz constitucional. Assis explica que:

É exatamente na Constituição Federal que entendemos estar delineada e fixada a existência de um Direito Disciplinar Militar, com a alteração levada a efeito pela Emenda Constitucional 45/04, a qual, alterando a redação do art. 125 e seus parágrafos, incluiu a competência da Justiça Militar Estadual, especificamente do Juiz de Direito, para julgar as ações judiciais contra os atos disciplinares militares. Anote-se que existe proposta em andamento no Congresso Nacional, para alterar a competência da Justiça Militar da União, para nela incluir o controle jurisdicional das punições disciplinares militares⁹⁴.

Além deste dispositivo, citam-se também o artigo 5º, LXI, e o artigo 142, §2º, ambos da Constituição Federal, que também se referem à matéria ora analisada.

Assim, conclui-se que o Direito Administrativo Disciplinar militar possui objeto e princípios próprios, constituindo-se em um ramo autônomo do Direito.

2.2 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

De forma preliminar, Costa observa que o Direito Administrativo Disciplinar Militar é regido pelas leis que positivaram a moral castrense. Segundo os ensinamentos buscados na Filosofia do Direito, as normas de cunho sancionatório

⁹³ ASSIS, Jorge César de Assis. *Curso de direito disciplinar militar*, p. 85.

⁹⁴ ASSIS, Jorge César de Assis. *Curso de direito disciplinar militar*, p. 83.

somente poderão acarretar uma punição ao sujeito ativo de um ilícito disciplinar militar sob o ponto de vista da ética objetiva. A ética objetiva, também chamada de 'moral positivada', nada mais significa do que a existência de normas hipotética-condicionais vinculantes do comportamento militar segundo a orla disciplinar. Assim sendo, pela não observância dos princípios basilares, ocorrerá a violação dos valores, dos deveres e da disciplina militar, previstos em regulamento disciplinar próprio, sendo denominado de transgressão disciplinar militar⁹⁵.

Neste sentido, Abreu aduz que:

Contravenção ou transgressão disciplinar é toda ação ou omissão que não constitua crime militar, ofensiva à ética, às obrigações ou aos deveres militares, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro de classe, e, como tal, é classificada pelos regulamentos disciplinares das Forças Armadas⁹⁶.

O artigo 42 do Estatuto dos Militares estabelece uma sinonímia entre os termos contravenção disciplinar e transgressão disciplinar. Segundo Soares, contravenção disciplinar é um termo tradicional na Marinha de Guerra e não se confunde com a contravenção penal do Direito Penal comum⁹⁷.

Deste modo, o artigo 14 do Regulamento Disciplinar do Exército define transgressão disciplinar como sendo toda a ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro de classe⁹⁸.

Já o artigo 6º do Regulamento Disciplinar da Marinha define contravenção disciplinar como toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização militar, desde que não incidindo no que é capitulado no Código Penal Militar⁹⁹.

Por fim, o artigo 8º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica define transgressão disciplinar como toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal, classificada nos termos do presente regulamento. Distingue-se do crime

⁹⁵ COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 15.

⁹⁶ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, ps. 324-325.

⁹⁷ SOARES, Waldir. Crime militar e transgressão disciplinar. *Revista Direito Militar*, p. 28.

⁹⁸ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

⁹⁹ BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

militar, que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar¹⁰⁰.

A partir dessas definições, percebe-se que existe uma estreita ligação entre o Direito Penal Militar e o Direito Disciplinar Militar. Por isso, torna-se fundamental estabelecer a distinção entre crime militar e transgressão disciplinar. Soares ensina que:

O crime militar e a transgressão disciplinar dizem respeito ao dever militar e consistem na violação desse dever. Por esta razão, dir-se-á que tem a mesma objetividade jurídica. A diferença está na maior gravidade do crime militar¹⁰¹.

No mesmo sentido está Assis, onde o crime militar distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre o crime comum e a contravenção penal¹⁰².

Assim, as principais diferenças entre crime militar e transgressão disciplinar, segundo Soares, são: crime militar é sempre previsto expressa e especificamente pela lei, ao passo que a transgressão disciplinar é prevista de modo genérico, cuja aplicação e revogação ficam dependente do poder disciplinar da autoridade competente; o crime militar é uma lesão direta e imediata do serviço ou da disciplina, ao passo que a transgressão é um dano indireto e mediato desse mesmo serviço e disciplina; o crime militar tem por conteúdo um dano ou um perigo de dano, normalmente grave, e, cuja reparação (ou restauração) é impossível, parcial ou totalmente, ao passo que a transgressão tem por conteúdo a regra de conduta de uma corporação, e é matéria de ordem interna; o crime militar normalmente tem vítima, ao passo que a transgressão disciplinar não tem vítima, por ser uma violação de uma regra de conduta ou de um dever de mera criação legal, cujo escopo é a correção do transgressor e a manutenção da disciplina¹⁰³.

O valor, a ética e os deveres militares estão definidos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares. Já os conceitos de honra pessoal, de pundonor militar e de decoro de classe estão definidos no artigo 6º do RDE, *in verbis*:

¹⁰⁰ BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

¹⁰¹ SOARES, Waldir. Crime militar e transgressão disciplinar. *Revista Direito Militar*, p. 26.

¹⁰² ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 44.

¹⁰³ SOARES, Waldir. Crime militar e transgressão disciplinar. *Revista Direito Militar*, ps. 26-27.

Art. 6º Para efeito deste Regulamento, deve-se, ainda, considerar:
I - honra pessoal: sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar, perante seus superiores, pares e subordinados;
II - pundonor militar: dever de o militar pautar a sua conduta como a de um profissional correto. Exige dele, em qualquer ocasião, alto padrão de comportamento ético que refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido; e
III - decore da classe: valor moral e social da Instituição. Ele representa o conceito social dos militares que a compõem e não subsiste sem esse¹⁰⁴.

Caso o militar pratique uma transgressão disciplinar, ficará sujeito a uma sanção administrativa disciplinar. Cada regulamento disciplinar dispõe sobre as sanções aplicáveis, em razão das peculiaridades de cada força. Segundo Costa, “sanção administrativa nada mais é do que uma pena cabível em razão do ato irregular praticado, sendo a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico aplicada pela autoridade detentora dos poderes hierárquico e disciplinar”¹⁰⁵.

Segundo Abreu, as espécies de sanção disciplinar são a repreensão, a detenção, o impedimento, a prisão e o licenciamento e exclusão a bem da disciplina. A repreensão consiste na declaração formal de que o militar cometeu determinada transgressão disciplinar. Poderá ser verbal ou escrita. A detenção, impedimento e prisão são penas privativas de liberdade que, por força do artigo 47, §1º do Estatuto dos Militares, não podem ultrapassar trinta dias. O licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem na exclusão do serviço ativo do militar cuja permanência nas fileiras das Forças Armadas se torna inconveniente. O licenciamento *ex officio* a bem da disciplina é aplicável, exclusivamente, às praças sem estabilidade assegurada. Já a exclusão a bem da disciplina é aplicável aos aspirantes a oficial, guardas-marinhas e às praças com estabilidade assegurada¹⁰⁶.

Sobre a finalidade da punição disciplinar, Abreu aduz que “a punição disciplinar tem dupla finalidade. Objetiva a reeducação do militar infrator e o fortalecimento da disciplina e da justiça no âmbito das Forças Armadas”¹⁰⁷. Os regulamentos disciplinares trazem expressa a finalidade da aplicação da punição disciplinar. O artigo 23 do Regulamento Disciplinar do Exército, por exemplo, explicita que a

¹⁰⁴ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁰⁵ COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹⁰⁶ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 340.

¹⁰⁷ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 339.

punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence¹⁰⁸.

2.3 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL NOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES

O princípio da reserva legal é uma decorrência do princípio da legalidade. Tal princípio tem o condão de indicar qual é a fonte normativa que deve definir as normas referentes à transgressão disciplinar e as sanções administrativas disciplinares.

Ao tratar dos crimes militares e das transgressões disciplinares, a CF, no artigo 5º, LXI, dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (sem grifos no original)¹⁰⁹.

Em contrapartida, reza o artigo 47 do Estatuto dos Militares que:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares¹¹⁰.

Assim, surgiu forte controvérsia na doutrina sobre qual seria a fonte normativa constitucionalmente autorizada a regulamentar transgressão disciplinar. Barros, Alves Filho e Sousa lembram que:

Antes da vigência da Constituição Federal em outubro de 1988, as transgressões e punições disciplinares militares eram previstas nos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, editados através de decretos, sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, que não fazia qualquer restrição para o veículo formal de regulação da matéria, haja vista a inexistência de norma constitucional garantidora

¹⁰⁸ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹¹⁰ BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

da adoção da reserva legal em matéria de transgressão disciplinar¹¹¹.

Os regulamentos disciplinares das três forças continuaram vigentes após a promulgação da atual CF, tendo o RDM sofrido alteração pelo Decreto nº 1.011/1993 e o RDE inteiramente substituído pelo Decreto nº 4.346/2002. Seria então inconstitucional o estabelecimento e alteração dos regulamentos disciplinares mediante decreto em face do princípio constitucional da reserva legal? Na doutrina, três correntes se formaram.

A corrente defendida por Rosa aduz que:

Com fundamento no disposto no art. 5º, inciso LXI, da CF, pode-se afirmar que os novos regulamentos editados por meio de decretos estaduais ou federais, expedidos pelos chefes do Poder Executivo, e os regulamentos que foram alterados por meio de decretos violam flagrantemente o disposto na CF, sendo normas inconstitucionais, que devem ser retiradas do ordenamento jurídico na forma prevista para esse procedimento¹¹².

Para o referido doutrinador, os decretos instituidores dos regulamentos disciplinares anteriores a atual CF foram recebidos pela nova ordem constitucional com status de lei ordinária, por aplicação do princípio da recepção. Por tal razão, tais regulamentos somente podem ser modificados por meio de norma elaborada pelo Poder Legislativo.

Esta corrente também é defendida por Costa, ao afirmar que:

Em matéria disciplinar pode ser afirmado que a lei, elaborada em conformidade com os ditames jurídicos vigentes, é que determina o que é transgressão disciplinar e, sendo uma norma perfeita (lei armada segundo Beccaria), determinar o tipo de sanção aplicável à transgressão tipificada¹¹³.

Tais autores são adeptos do conceito estrito ou absoluta de legalidade, ou reserva legal, pois entende que somente lei ordinária pode regulamentar matéria disciplinar militar.

¹¹¹ BARROS, Miguel Daladier; ALVES FILHO, Valdir; SOUZA, Jacqueline Aguiar de. Da inconstitucionalidade dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas. *Revista Jurídica Consulex*, ps. 56-57.

¹¹² ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar – teoria e prática*, ps. 65-66.

¹¹³ COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 17.

A corrente defendida por Assis reza que:

A fonte natural dos regulamentos disciplinares é, no nível federal, o art. 47 do Estatuto dos Militares, não cabendo então, por ser despicienda, qualquer discussão sobre a recepção ou não dos decretos anteriores a 1988, com *status* de lei ordinária. Defende esta corrente, que é o art. 47 da Lei 6.880/80 – EM, que foi recepcionado pela Lei Maior, autorizando a edição de regulamentos disciplinares militares por decretos presidenciais¹¹⁴.

O referido doutrinador defende que o inciso LXI do artigo 5º da CF não deve ser interpretado de forma isolada, mas em conjunto com o inciso XXIX do mesmo artigo, onde está positivado o princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina. Assim, este mandamento, ao fazer referência somente ao crime, excluiu de maneira implícita as transgressões disciplinares. Além disso, deve se interpretar ambos os dispositivos considerando os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, vigas mestras das Forças Armadas. Outro argumento defendido pelo autor é de que mesmo nos países onde a Constituição prevê expressamente o princípio da reserva legal na transgressão disciplinar, admite-se a existência e vigência de leis que contenham remissões às normas regulamentares. Assim, no Brasil, a fonte legal dos regulamentos disciplinares é o artigo 47 do Estatuto dos Militares¹¹⁵. Tal autor é adepto do conceito amplo ou relativo de legalidade, ou reserva legal, pois entende que os decretos podem regulamentar matéria disciplinar militar.

A corrente defendida por Abreu entende que o artigo 5º, inciso LXI, da CF, ao se valer da expressão ‘definidos em lei’, condicionou o regramento da matéria à reserva de lei absoluta. Portanto, o dispositivo veda a definição de transgressão disciplinar apenas com privação de liberdade por meio de decreto, portaria ou de qualquer outro ato normativo¹¹⁶.

Outro ponto defendido pelo autor é que a delegação contida no artigo 47 do Estatuto dos Militares, no que concerne especificamente à definição de transgressão disciplinar punidas com penas privativas de liberdade, está fulminada por força do artigo 25, I, da ADCT, onde determina que:

¹¹⁴ ASSIS, Jorge César de Assis. *Curso de direito disciplinar militar*, p. 219.

¹¹⁵ ASSIS, Jorge César de Assis. *Curso de direito disciplinar militar*, p. 107.

¹¹⁶ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 330.

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa¹¹⁷.

Ao mesmo tempo, o autor defende que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em regulamento disciplinar que, após a promulgação da atual CF, venha a ser veiculado por decreto e que disponha sobre classificação do comportamento disciplinar, interposição de recursos, contravenções ou transgressões disciplinares, penas disciplinares, desde que estas não sejam restritivas de liberdade¹¹⁸. Para este doutrinador, o artigo 47 do Estatuto dos militares foi recebido em parte pela CF.

Até o momento, não há uma posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, incidentalmente, pela constitucionalidade do RDE, conforme a ementa:

[...] Tem-se, portanto, a possibilidade de punição administrativa por transgressões disciplinares, prevista no Estatuto dos Militares, regulamentada pelo Decreto 4.346/02, com o fim de preservar a hierarquia e a disciplina nas Forças Armadas. Inexiste ofensa à Constituição Federal ou à lei. A medida constritiva, do ponto de vista formal, está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio¹¹⁹.

Por fim, é preciso tem em conta que o princípio da reserva legal em matéria disciplinar constitui uma garantia para os militares, na medida em que impede o abuso e o arbítrio da Administração Militar na imposição das sanções disciplinares.

2.4 TEORIA DO ILÍCITO DISCIPLINAR MILITAR

A teoria do ilícito disciplinar militar busca identificar quais elementos uma conduta deve ter para ser classificada como transgressão disciplinar. Sobre o desenvolvimento desta teoria, Neves explica que:

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹¹⁸ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 332.

¹¹⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *MS n.º 9.710/DF*, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 25 agosto de 2004.

Sente-se falta de uma sistematização mais didática, a propiciar a elaboração, conforme ocorre com o Direito Penal, de uma 'teoria geral do ilícito administrativo', inserida na qual estaria o conceito analítico de transgressão disciplinar. Note-se que a formulação de uma teoria dessa ordem seria de fundamental importância não só para a atual e necessária persecução da transgressão disciplinar, mas também para subsidiar a formulação de novos regulamentos e estatutos disciplinares, possibilitando, ao menos, a unicidade de fundamentos acerca dos ilícitos dessa natureza¹²⁰.

Assim, mesmo com poucos estudos referentes a esse assunto, é possível aduzir, com base no ensinamento de Costa, que a transgressão disciplinar detém os requisitos formais essenciais que a integram, que de forma direta trazem o seu conceito formal, sendo então a transgressão disciplinar um fato típico e antijurídico, realizando-se uma simetria ao conceito formal de crime segundo a teoria finalista da ação¹²¹.

2.4.1 Fato típico

O primeiro elemento do fato típico é a tipicidade da transgressão disciplinar. Muitos doutrinadores postulam não viger, no Direito Disciplinar Militar, o princípio da tipicidade, mas sim o seu oposto, ou seja, o princípio da atipicidade. Nesse sentido, Loureiro Neto aduz que:

Enquanto no ilícito penal, em virtude do princípio da reserva legal consubstanciado no *nullum crimen, nulla poena sine lege* é, de interpretação restritiva, rigorosamente prevista em lei, cujas sanções são manifestações do poder jurisdicional visando ao interesse social, o ilícito disciplinar, ao contrário, não está sujeito ao princípio da legalidade, pois seus dispositivos são até imprecisos, flexíveis, permitindo à autoridade militar maior discricionarismo no apreciar o comportamento do subordinado, a fim de melhor atender os princípios da oportunidade e conveniência da sanção a ser aplicada, inspirada não só no interesse da disciplina, como também administrativo¹²².

Pela análise dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, pode se dizer que foi adotado tanto o princípio da tipicidade quanto o da atipicidade. No

¹²⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 192.

¹²¹ COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹²² LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 10.

RDM, por exemplo, o *caput* do artigo 7º traz o princípio da tipicidade, porém o parágrafo único o princípio da atipicidade:

Art. 7º São contravenções disciplinares:

[...]

Parágrafo único. São também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes¹²³.

No mesmo sentido traz o artigo 10 do RDA:

Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime:

[...]

Parágrafo único. São consideradas também, transgressões disciplinares as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crime nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe; contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente¹²⁴.

O RDE, ao contrário destes, trouxe apenas o princípio da tipicidade, ao especificar no artigo 15 que “são transgressões disciplinares todas as ações especificadas no Anexo I deste Regulamento”¹²⁵.

Assim, percebe-se que os parágrafos únicos do RDM e do RDA trazem normas gerais para permitir a autoridade detentora dos poderes hierárquico e disciplinar classificar a conduta do subordinado como transgressão disciplinar, mesmo que tal conduta não esteja expressamente prevista no regulamento. Sobre este tema, importante frisar a lição de Rosa para quem:

Em tema de liberdade, que é um bem sagrado e tutelado pela CF (que no artigo 5º, *caput*, assegura que todos são iguais perante a lei), não se pode permitir ou aceitar que normas de caráter geral, que não estavam previamente previstas, possam cercear o *jus libertatis* de uma pessoa, no caso o militar. As normas desta espécie, previstas nos regulamentos disciplinares militares, são inconstitucionais, pois

¹²³ BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

¹²⁴ BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

¹²⁵ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

permitem a existência do livre arbítrio, que pode levar ao abuso e ao excesso de poder. Segundo Hely Lopes Meirelles, 'a discricionariedade não se confunde com poder arbitrário, sendo liberdade de ação dentro dos limites permitidos em lei' ¹²⁶.

Assim, ao contrário de Loureiro Neto, Rosa rechaça a tese da atipicidade em Direito Disciplinar Militar, aduzindo que as condutas para serem classificadas como transgressões disciplinares necessitam estarem tipificadas nos regulamentos disciplinares. Este também é o entendimento de Neves, ao aduzir que:

Não pode ficar o servidor totalmente ao arbítrio da autoridade disciplinar que, de acordo com seu estado de humor, decidirá o que é e o que deixa de ser infração funcional. Dessa forma, *data maxima vénia*, ousa-se discordar daqueles que postulam a atipicidade em Direito Administrativo Disciplinar, sendo mais apropriado sustentar que vige nesse 'ramo' do Direito – especialmente em Direito Administrativo Disciplinar Militar – a tipicidade moderada, ou 'tipicidade mitigada', como será doravante referida ¹²⁷.

Portanto, conclui-se, com base na lição de Costa, que tipicidade é a correspondência entre a conduta ilícita de natureza administrativa praticada pelo militar e a efetiva descrição legal contida na norma disciplinar vigente. Ocorre que, muito embora seja necessária a conduta estar tipificada nos regulamentos como transgressão disciplinar, tais tipos são descritos de forma aberta, permitindo maior discricionariedade da autoridade para apreciar o comportamento do subordinado ¹²⁸. Isso é o que se denomina tipicidade mitigada, onde, segundo Neves:

Há válvula para que outras condutas sejam reprimidas sem que estejam capituladas na parte especial, todavia, essa exceção não afasta a tipicidade, mas somente postula em favor de um abrandamento, uma mitigação desse princípio na esfera de direito tratada ¹²⁹.

É preciso destacar que, no Direito Penal, as condutas dolosas devem ser precisamente descritas, pois tais tipos devem ser fechados, taxativos. Já nos tipos culposos, assim como no Direito Disciplinar Militar, admite-se a tipicidade mitigada,

¹²⁶ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar – teoria e prática*, ps. 09-10.

¹²⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 199.

¹²⁸ COSTA, Alexandre Henriques da Costa. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹²⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 199.

pois tais tipos são abertos, dando margem para a interpretação do comportamento no caso concreto. Nesse sentido, é o entendimento de Costa, onde afirma que:

Não existe em matéria disciplinar o efeito da taxatividade referente ao princípio da legalidade, pois em face do Direito Penal as normas incriminadoras devem ser taxativas, expondo exatamente a conduta ilícita que deve ser punida, o que não ocorre com as transgressões disciplinares, que, diante do presente estudo, apesar de estarem tipificadas no Regulamento Disciplinar não se exige que todas as condutas irregulares possíveis de serem praticadas por um militar devam ser taxativas, pois é impossível o legislador enumerar com exatidão a infinita gama de transgressões abstratas passíveis de cometimento. Desta forma, é pertinente dizer que as transgressões disciplinares se apresentam de forma genérica, haja vista que não existe o efeito da taxatividade pertinente ao ilícito penal¹³⁰.

Portanto, a diferença que existe entre os princípios da atipicidade e o da tipicidade mitigada é que no primeiro a conduta não encontra previsão em tipo previsto nos regulamentos disciplinares, enquanto no segundo a conduta está descrita nos regulamentos, porém descrito de maneira aberta. Assim, admite-se, em Direito Disciplinar Militar, o princípio da tipicidade mitigada, porém o mesmo não acontece com o princípio da atipicidade, que é tido como inconstitucional.

Outra característica que deve ter o fato típico é o seu elemento subjetivo. De acordo com Neves, isso significa que a conduta deve ser direcionada na intenção de produzir o resultado (dolo) ou, no mínimo, deve ser dotada de um descuro tal que leve ao desvalor da ação (culpa). Pois bem, do mesmo modo que no ilícito penal, no ilícito disciplinar a conduta também deve ser provida de tal elemento subjetivo, sob pena de indesejável responsabilização objetiva¹³¹. Segundo o ensinamento de Medina:

Não se discute a existência de um princípio constitucional da culpabilidade no direito penal, princípio que decorreria do conjunto destas garantias. Não se tolera responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa, sem os fundamentos e pressupostos da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas a esse respeito. Ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal? Parece-me evidente que não. E isso por que tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. É um princípio constitucional genérico que limita o

¹³⁰ COSTA, Alexandre Henriques da Costa. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, ps. 17-18.

¹³¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 200.

poder punitivo do Estado. Trata-se, nesse passo, de garantia individual contra o arbítrio, garantia que se corporifica em direitos fundamentais da pessoa humana. Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana¹³².

Desta forma, é plenamente vigente no Direito Disciplinar Militar o princípio da culpabilidade. De acordo com Costa, deve o ilícito disciplinar estar provido de elementos subjetivo, dolo ou culpa, porém não há sistematicamente dispositivo que indique ao intérprete que esteja autorizado considerar como infração apenas a conduta dolosa e, por exceção, somente quando o tipo transgressional assim consignar, a conduta culposa¹³³.

Por fim, segundo o ensinamento de Neves, também há necessidade de que haja um resultado, se assim exigir a norma disciplinar. Há casos, porém, em que a transgressão disciplinar abre mão de um resultado naturalístico, aproximando-se de um delito formal. Sempre haverá, entretanto, um resultado jurídico a ser apurado, imputável a alguém por inequívoco liame causal¹³⁴.

Presentes esses elementos – conduta, resultado, nexos causal e tipicidade mitigada – surge o fato típico disciplinar.

2.4.2 Antijuridicidade

De acordo com Costa, antijuridicidade é a contrariedade ao ordenamento jurídico vigente em face do ato praticado pelo militar, seja qual for a sua fonte, atentando diretamente contra os princípios de hierarquia e disciplina, bem como contra os princípios deontológicos das instituições militares. Assim, a conduta do agente será antijurídica se não estiver acobertada por qualquer excludente de antijuridicidade de natureza administrativa, taxativa ou implícita na norma legal disciplinar, ou ainda por outras excludentes de antijuridicidade reconhecidas pelo

¹³² MEDINA, Fábio *apud* NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 202.

¹³³ COSTA, Alexandre Henriques da Costa. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹³⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo*, p. 200.

Poder Judiciário quando houver a vinculação de uma falta-crime com a de natureza administrativa¹³⁵.

Em sede disciplinar, os regulamentos disciplinares consagram as causas que excluem a antijuridicidade sob o título de causas de justificação. O RDE, por exemplo, elenca as causas de justificação no artigo 18, *in verbis*:

Art. 18. Haverá causa de justificação quando a transgressão for cometida:

I - na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público;

II - em legítima defesa, própria ou de outrem;

III - em obediência a ordem superior;

IV - para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina;

V - por motivo de força maior, plenamente comprovado; e

VI - por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade.

Parágrafo único. Não haverá punição quando for reconhecida qualquer causa de justificação¹³⁶.

Tais causas também são previstas de modo semelhante no RDM e no RDA. Como se verifica, o artigo em questão enumera como circunstâncias que obstam a sanção disciplinar, uma causa reconhecidamente excludente de antijuridicidade em Direito Penal (legítima defesa) e outra tida como excludente ou mitigadora de culpabilidade (obediência hierárquica). Ou seja, o que é lícito ou ilícito cabe ao legislador decidir e, neste caso, ele preferiu enumerar como causa excludente de ilicitude clássicas excludentes ou mitigadoras de culpabilidade.

Assim havendo alguma causa de justificação, legal ou supralegal, não haverá transgressão disciplinar militar.

2.5 CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Quando uma conduta praticada pelo militar enquadra-se, ao mesmo tempo, tanto em crime militar quanto em transgressão disciplinar, ocorre o que a doutrina

¹³⁵ COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹³⁶ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

denomina de concurso entre crime militar e transgressão disciplinar. Assim, surge a controvérsia em saber se o agente será responsabilizado penalmente e administrativamente ou se somente será penalizado em uma destas instâncias.

Hely Lopes Meirelles ensina que:

A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra *bis in idem*. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo à punição administrativa (disciplinar) e à punição penal (criminal), porque aquela é sempre um *minus* em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal, por delito funcional, acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal¹³⁷.

Desta forma, o referido doutrinador entende ser possível a aplicação concomitante da punição criminal e disciplinar. Entretanto, outros doutrinadores entendem que não há essa possibilidade, pois isso caracteriza o *bis in idem*. Soares explica que:

Não é aceitável transplantar para o Direito Militar os ensinamentos de renomados autores de Direito Administrativo, no sentido de que a punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas [...]. É que vigora no direito punitivo militar brasileiro o princípio informativo do *non bis in idem*, que veda a atuação simultânea das jurisdições criminal e administrativa, cumulando punições por um mesmo fato. A regra que prevalece é a de que a instauração de inquérito ou ação criminal impede a imposição, na esfera administrativa da penalidade disciplinar. Na verdade, é tradição do direito militar brasileiro que, no concurso de crime militar e transgressão disciplinar será aplicada somente a pena relativa ao crime¹³⁸.

Portanto, para esta corrente, não há a possibilidade de aplicação conjunta da sanção penal e da disciplinar, pois isso caracteriza o *bis in idem*. Este também é o entendimento de Abreu que, ao comentar a citação de Hely Lopes Meirelles exposta acima, afirma que:

Esta lição, no entanto, não é inteiramente aplicável aos militares. Isso porque a transgressão disciplinar e o crime militar têm idêntico fundamento, qual seja, a violação das obrigações ou dos deveres

¹³⁷ MEIRELES, Hely Lopes *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 11.

¹³⁸ SOARES, Waldir. Crime militar e transgressão disciplinar. *Revista Direito Militar*, p. 27.

militares, como preceitua, expressamente, o art. 42 da Lei 6.880/1980. Deste modo, a diferença entre elas é de grau, não de substância, pois os bens jurídicos tutelados são os mesmos. Tanto é assim que, em algumas situações, é possível a desclassificação de crime militar para transgressão disciplinar, como ocorre nos casos descritos nos arts. 209, §6º, 240, §1º, 250, 254, parágrafo único, todos do CPM. O mesmo não ocorre com o servidor público civil¹³⁹.

Na verdade, a aplicação concomitante das punições penal e disciplinar é vedada por expressa disposição legal. Reza os artigos 42 e 43 do Estatuto dos Militares que:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

[...]

§ 2º No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

Art. 43. A inobservância dos deveres especificados nas leis e regulamentos, ou a falta de exatidão no cumprimento dos mesmos, acarreta para o militar responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar **ou** penal, consoante a legislação específica (sem grifo e destaque no original)¹⁴⁰.

Os dispositivos legais citados acima são claros em vedar a dupla punição (penal e disciplinar) por um único fato. Assim, quando houver concurso entre crime militar e transgressão disciplinar, a Administração Militar sempre deverá aguardar o pronunciamento da Justiça Militar. Isso é o que está prescrito nos regulamentos disciplinares. O RDE, por exemplo, dispõe, *in verbis*:

Art. 14. [...]

[...]

§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.

§ 6º Quando, por ocasião do julgamento do crime, este for descaracterizado para transgressão ou a denúncia for rejeitada, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso¹⁴¹.

¹³⁹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 335.

¹⁴⁰ BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

¹⁴¹ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

No exemplo de Abreu, se um militar da Aeronáutica se refere ou se dirige a um superior hierárquico de modo desrespeitoso, haverá, em tese, concurso de crime militar (CPM, art. 160) e transgressão disciplinar (RDA, art. 10, item 21). Contudo, este militar não poderá sofrer dupla punição, pois só será punido pelo crime ou pela transgressão disciplinar. Se condenado pela Justiça Militar, não poderá ser punido, seja de forma ostensiva ou velada, na esfera disciplinar¹⁴².

Entretanto, se neste exemplo, o militar da Força Aérea, além de desrespeitar o superior hierárquico, estiver com o uniforme em desalinho, poderá ser responsabilizado, desde logo, pela segunda conduta (RDA, art. 10, item 55), após regular procedimento administrativo, independentemente do resultado do processo penal referente ao crime militar tipificado no artigo 160 do CPM, por inexistir, neste caso, concurso entre crime militar e transgressão disciplinar¹⁴³.

O mesmo autor destaca ainda que o raciocínio desenvolvido até aqui não se aplica às hipóteses em que o militar pratica ato tipificado como crime comum e transgressão disciplinar. Neste caso, a punição administrativa e a criminal terão fundamentos distintos, tal como ocorre com os servidores públicos civis. A diferença entre elas será de substância, não de grau. Por conseguinte, prevalecerá a autonomia das instâncias penal e administrativa. É o caso, por exemplo, do militar da Aeronáutica que ingressa em um quartel com arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A referida conduta configura, a um só tempo, crime comum (Lei 10.826/2003, art. 14) e transgressão disciplinar (RDA, art. 10, n. 92). Em assim sendo, poderá este militar ser punido disciplinar e criminalmente, cabendo ressaltar que a Administração Militar poderá exercer o direito de punir antes mesmo do desfecho do processo criminal¹⁴⁴.

Diante da prática de uma transgressão disciplinar, a sindicância é o procedimento utilizado para apurar o caso, conforme prescrito nos regulamentos disciplinares. Já quando houver crime militar, deverá ser instaurado o inquérito policial militar, nos termos do Código de Processo Penal Militar.

Entretanto, segundo Gorrilhas, em relação aos casos em que a Administração se depara com um ilícito praticado por um militar, havendo similitudes entre transgressão disciplinar e crime militar, o IPM deve necessariamente ser instaurado,

¹⁴² ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 337.

¹⁴³ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 338.

¹⁴⁴ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, p. 338.

pois o fórum de discussões doutrinárias é em juízo, no decorrer do processo¹⁴⁵. Assim, o Inquérito Policial Militar pode ser usado para indicar a existência de transgressão disciplinar, conforme preceitua o artigo 22 do CPPM, *in verbis*:

Relatório

Art. 22. O inquérito será encerrado com minucioso relatório, em que o seu encarregado mencionará as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso. Em conclusão, dirá se há infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, neste último caso, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado, nos termos legais (sem grifo no original)¹⁴⁶.

Por outro lado, é possível que a sindicância tenha apurado indícios da prática de crime militar. Neste caso, no entendimento de Gorrilhas, o Ministério Público Militar, no exercício do controle externo da atividade policial judiciária militar, deve verificar as sindicâncias e a motivação do despacho da autoridade policial, devendo, se julgar necessário, requisitar a instauração de IPM para melhor esclarecer os fatos¹⁴⁷.

Diante do exposto, conclui-se que, no caso de concurso entre crime militar e transgressão disciplinar, aplica-se o princípio da subsidiariedade, chamado por Nelson Hungria de 'soldado de reserva', uma vez que o tipo transgressional é um tipo subsidiário em relação ao tipo penal, devendo este ser aplicado quando a Justiça Militar declarar que a conduta não se enquadra como crime militar.

¹⁴⁵ GORRILHAS, Luciano Moreira. Conflito aparente de normas entre transgressões disciplinares e crimes militares e o necessário controle externo da atividade policial militar. *Revista Direito Militar*, p. 16.

¹⁴⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

¹⁴⁷ GORRILHAS, Luciano Moreira. Conflito aparente de normas entre transgressões disciplinares e crimes militares e o necessário controle externo da atividade policial militar. *Revista Direito Militar*, p. 18.

Capítulo 3

DISTINÇÃO ENTRE OS CRIMES MILITARES E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES COMETIDOS EM SERVIÇO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS

3.1 ABANDONO DE POSTO

O crime militar de Abandono de Posto está tipificado no artigo 195 do Código Penal Militar, assim redigido:

Abandono de posto

Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo:

Pena - detenção, de três meses a um ano¹⁴⁸.

Trata-se de delito propriamente militar, pois está tipificado no Código Penal castrense e somente pode ser praticado pelo militar, sendo usado o critério *ratione personae*. Insere-se no Título III, referente aos crimes contra o serviço militar e o dever militar, e dentro do Capítulo III, cujo rol é os crimes militares em serviço. Assim, conforme Roth observa-se que a proteção legal objetivada por este tipo penal é o cumprimento do serviço e do dever militar do agente que tenha que desempenhar a sua função ou atividade em posto, lugar ou serviço¹⁴⁹.

O Abandono de Posto, além de ser tipificado como crime militar, também é tipificado de maneira semelhante nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

Assim, no Regulamento Disciplinar da Marinha, art. 7º, item 53, é contravenção disciplinar “ausentar-se sem a devida autorização da Organização Militar onde serve ou do local onde deva permanecer”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

¹⁴⁹ ROTH, Ronaldo João. O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam. *Revista Direito Militar*, p. 26.

¹⁵⁰ BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

No Regulamento Disciplinar do Exército, Anexo I, item 28, não pode o militar “ausentar-se, sem a devida autorização, da sede da organização militar onde serve, do local do serviço ou de outro qualquer em que deva encontrar-se por força de disposição legal ou ordem” ¹⁵¹.

No caso do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, artigo 10, item 19, pratica transgressão disciplinar o militar que “abandonar o serviço para o qual tenha sido designado” ¹⁵².

Sobre o elemento subjetivo do crime e da transgressão disciplinar, Rocha aduz que:

No caso de abandono de posto, tanto o crime como a transgressão reclamam o dolo do agente para caracterização do preceito incriminador. Em outras palavras, se o militar não estiver imbuído da vontade livre e consciente de descumprir a missão, não haverá a prática de crime ou transgressão concernente ao abandono de posto ¹⁵³.

O tipo penal abrange duas condutas: o abandono do posto ou lugar de serviço e; o abandono do serviço. Trata-se, portanto, de um crime comissivo. Loureiro Neto explica que:

O núcleo do tipo é expresso pelo verbo abandonar, que significa desamparar, desprezar, renunciar. Conseqüentemente, o militar deixa ao desamparo o posto ou lugar de serviço. Entende-se por posto o lugar onde o militar deve permanecer em razão da missão ou ordem que lhe foi confiada e lugar de serviço o local onde o militar exerce suas atribuições funcionais decorrentes de suas próprias atribuições regulamentares. Menciona o texto ainda na sua parte final o abandono de serviço. Pode ocorrer que o militar esteja desempenhando suas atribuições funcionais sem que haja um posto ou lugar de serviço designado, como a da escolta de presos, por exemplo. Nesse caso, cumpre-lhe executar o serviço de escolta até seu término, sem que se possa falar em posto ou lugar de serviço ¹⁵⁴.

Assim, segundo Assis, denomina-se posto o local determinado onde o militar deve cumprir missão específica, quase sempre de vigilância. Lugar de serviço é um local mais amplo que o posto, onde o militar deve permanecer no exercício de

¹⁵¹ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁵² BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

¹⁵³ ROCHA, Abelardo Júlio da. *Abandono de posto: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/abandonoposto.pdf>>.

¹⁵⁴ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 154.

qualquer função militar. Portanto, o posto, fixo ou móvel, tem limites mais restritos, enquanto o lugar de serviço pode ser todo o estabelecimento militar, um acampamento a até mesmo uma cidade ou uma região¹⁵⁵. Desta forma, o julgado abaixo do STM demonstra que tanto o abandono do posto quanto o do lugar do serviço consoma o crime:

[...] O delito previsto no artigo 195, do CPM, compreende não só o abandono de posto propriamente dito, como também o do lugar de serviço para o qual tenha sido o militar oficialmente designado. O tipo em presença alcança não só os militares que efetivamente se encontram nos postos, cumprindo quartos de hora, mas também os que, escalados para o serviço, se encontram em período de descanso, pois esses últimos, nessa situação, compõem força de apoio e de emprego eventual, indispensável à segurança da área ou local sob proteção... (sem grifo no original)¹⁵⁶.

De acordo com Rocha, nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, exceto no caso da Aeronáutica, a conduta nuclear do tipo transgressional é 'afastar-se', que significa distanciar-se, desviar-se, distrair-se, que tem o mesmo sentido prático de abandono. Assim, a objetividade jurídica tutelada nos regulamentos disciplinares militares é a preservação do serviço militar e do cumprimento do dever, além de outros valores fundamentais deontológicos, caros às instituições militares¹⁵⁷.

Para se falar em abandono de posto, segundo Roth, há de existir a situação precedente de o agente estar cumprindo um dever militar por conta do serviço que lhe incumbe ou de que foi designado por ordem superior, limitada ao término daquela. Nem o crime e nem a transgressão disciplinar existem se o militar está fora do serviço ou de folga, ou não esteja cumprindo uma determinação superior¹⁵⁸.

Em relação ao aspecto temporal, resta indagar se a quantidade de tempo de afastamento do posto ou lugar de serviço seria um critério hábil para distinguir entre a prática criminosa e a transgressional. Sobre o crime, Assis observa que "o abandono de posto é delito instantâneo, consumando-se no exato momento em que o militar se afasta do local onde deveria permanecer"¹⁵⁹. Desta forma, conforme

¹⁵⁵ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 403.

¹⁵⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2003.01.049259-3/PA*, Rel. Min. José Luiz Lopes da Silva, j. em 28 de maio de 2003.

¹⁵⁷ ROCHA, Abelardo Júlio da. *Abandono de posto: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/abandonoposto.pdf>>.

¹⁵⁸ ROTH, Ronaldo João. O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam. *Revista Direito Militar*, p. 26.

¹⁵⁹ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 403.

Roth, para a caracterização do delito de abandono de posto, pouco importa o lapso temporal daquele que renuncia a missão que lhe foi atribuída, mas no caso concreto, deve ficar caracterizado o rompimento do dever militar imposto ao agente, antes do término daquela¹⁶⁰. Neste sentido é o julgado abaixo do STM:

[...] Abandono de posto (CPM, art 195). Comportamento típico. Dolo caracterizado. Confissão. O tipo em questão é doutrinariamente classificado como instantâneo, de perigo e formal, que se aperfeiçoa e se esgota num só momento, trazendo implícito um resultado naturalístico. Independente para sua configuração o período de ausência ou a intenção de retornar. Irrelevante a definição do posto, se fixo ou móvel, uma vez que estando escalado, não poderia o Acusado deixar desguarnecido o referido posto, ainda que momentaneamente... (sem grifos no original) ¹⁶¹.

Assim, a ausência do militar do posto ou lugar do serviço, mesmo que por pouco tempo ou mesmo que ele objetive retornar caracteriza o crime do artigo 195 do CPM, e não transgressão disciplinar.

Em relação às consequências, Assis entende que trata-se de crime de perigo abstrato, pois o que o caracteriza-lhe é exatamente a probabilidade de dano ao estabelecimento ou aos serviços militares, decorrentes da ausência voluntária daquele que abandonou o posto, o local ou o serviço¹⁶². A classificação do abandono de posto como crime de perigo abstrato é pacífico também na jurisprudência do STM, conforme o exemplo abaixo:

[...] Hipótese em que o agente, escalado para o serviço de sentinela, abandonou o posto, sem ordem superior, e ausentou-se de sua Organização Militar. Configuradas a materialidade e a autoria do delito tipificado no art. 195 do CPM, não há como desconsiderar a tipicidade da conduta imputada ao Apelante, para restringi-la à esfera administrativa, haja vista o abandono de posto inserir-se entre os delitos de perigo presumido, não sendo necessário que o dano venha efetivamente a ocorrer. A jurisprudência castrense é uníssona no tratamento de casos semelhantes, considerando a tipicidade diante do perigo presumido, ínsito na conduta perpetrada. Apelo improvido, à unanimidade (sem grifo no original) ¹⁶³.

¹⁶⁰ ROTH, Ronaldo João. O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam. *Revista Direito Militar*, p. 28.

¹⁶¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2005.01.049956-3/PR*, Rel. Min. Valdésio Guilherme de Figueiredo, j. em 25 de outubro de 2005.

¹⁶² ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 404.

¹⁶³ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2009.01.051389-2/PR*, Rel. Min. William de Oliveira Barros, j. em 10 de março de 2010.

Assim, não há que se falar em desclassificação do crime para transgressão disciplinar por inexistência de dano concreto à organização militar.

Pelo fato do abandono de posto ser crime de perigo, resta saber quais são os tipos de serviço abrangidos pelo tipo penal em estudo, e se isso influi na desclassificação da conduta para transgressão disciplinar. Nesta controvérsia, existem duas correntes doutrinárias. Assis, adotando uma interpretação mais restritiva, explica que:

O posto ou lugar de serviço, ou o próprio serviço, caracterizadores do crime de abandono que leva a perigo, só pode ser aquele relativo ao serviço militar, típico da missão das Forças Armadas e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares: segurança do aquartelamento, aeronave, hangar, depósito, pista ou instalações de campo de aviação, engenho de guerra motomecanizado, navio, estaleiro, ou qualquer outra instalação militar ou sob a administração militar; serviços de garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim; serviços de polícia ostensiva; serviços de socorro e operações de defesa civil etc¹⁶⁴.

O referido doutrinador explica que nos exemplos enumerados acima, a ausência do militar decorrente do abandono do posto ou lugar de serviço afeta a força pelo perigo decorrente, já que o posto ou serviço abandonado poderá não ser recoberto em tempo útil e, assim, advir um resultado altamente prejudicial. Portanto, caso ocorra o abandono, não é necessário, por exemplo, que o quartel seja invadido, ou o blindado roubado, a aeronave invadida, ou o estoque de remédios ou mantimentos de uma cidade em estado de calamidade pública saqueado, bastando que tal resultado seja possível para consumir o delito.

Em sentido diverso, Lobão leciona que:

Como serviço compreende-se o que diz respeito ao exercício da função do cargo militar e que vem estabelecido em lei, em instrução, em regulamento, ou por determinação de superior hierárquico, incluindo-se, como tal, aquele indispensável às condições de habitabilidade do estabelecimento militar, da subsistência da tropa, como preparo de alimento, limpeza das dependências externas ou internas do imóvel, manutenção de veículos, de armamento, enfim tudo o que se refere ao funcionamento da unidade militar¹⁶⁵.

¹⁶⁴ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 404.

¹⁶⁵ LOBÃO, Célio *apud* ROTH, Ronaldo João. O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam. *Revista Direito Militar*, p. 28.

Portanto, este doutrinador adota uma interpretação mais ampla do conceito de serviço, abrangendo, além dos estritamente militares, os de natureza civil voltados para o regular funcionamento da organização militar. Assim, para esta corrente, também estão incluídos os serviços de ‘corneteiro’, de ‘rancho’ (refeitório), de motorista, de ‘padioleiro’ (enfermaria), plantão de alojamento, etc.

No entanto, Assis defende expressamente que serviços de natureza civil e sem serem voltados para a segurança da organização militar não estão incluídos na tutela do artigo 195 do CPM. Tal doutrinador explica que:

Não ocorre, porém, com aqueles serviços que, mesmo realizados por militares escalados previamente pela Administração Militar, apresentam características nitidamente civis, como o serviço de ‘cassineiro’ ou de ‘permanência’ nos hotéis de trânsito de qualquer força armada ou polícia militar – desde que esse serviço ocorra em situação de normalidade, quando tais hotéis estiverem destinando-se apenas à acomodação de seus hóspedes, ressalvados os casos extremos de estado de defesa, de sítio ou de guerra, quando tais hotéis estiverem abrigando tropas em prontidão, assumindo o serviço caráter essencialmente militar¹⁶⁶.

Portanto, existem duas correntes doutrinárias que tratam do assunto. A primeira, defendida por Assis, aduz que o tipo penal do artigo 195 abrange somente os serviços de caráter estritamente militar, e a segunda, defendida por Lobão, para quem se inclui, além deste, os serviços de caráter civil necessários ao regular funcionamento da organização militar. Sobre o tema, tem predominado nas decisões do STM a segunda corrente, conforme o julgado abaixo:

Conforme ressaltou da dicção do art. 195 do CPM, para a configuração do Crime de Abandono de Posto, não é exigível que o militar encontre-se armado ou a caracterização específica do serviço, como guarda, que lhe cabia cumprir; dispensável é, ainda, por se tratar de crime de perigo, a produção de um resultado naturalístico, na forma de efetivo dano ou risco para a segurança ou, ainda, um concreto prejuízo ou entrave no funcionamento da Organização Militar. E assim é porque, na espécie, buscou a lei penal tutelar a segurança e a regularidade do funcionamento das Organizações Militares em seu espectro mais amplo, o que, por óbvio, coloca ao alcance do tipo sob comento não só o abandono dos postos armados e de proteção imediata, como também de quaisquer outros que, de qualquer modo, contribuam para a efetividade dessa prefalada tutela. Assim, nem de se falar da irrelevância do agir do Acusado e, em consequência, de

¹⁶⁶ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 404.

aplicação de mera reprimenda, a título de homenagem ao alegado 'princípio da intervenção mínima'... (sem grifos no original) ¹⁶⁷.

Assim, o abandono de serviço, seja de que natureza for o serviço, configura crime, e não transgressão disciplinar.

Existem situações em que, embora o militar tenha se afastado de seu posto ou lugar de serviço, ele permanece nas circunvizinhanças desses locais, mantendo inequívoca vigilância sobre o posto sob sua responsabilidade e em condições reais de intervir para reprimir ameaça existente. Desta forma, conforme ensinam Neves e Streifinger:

Aquele que se afasta de seu posto, mantendo contato visual com o local, desde que esteja a uma distância hábil a reagir em qualquer eventualidade, não está em busca de ferir o dever e serviço militares, não havendo, portanto, o delito ¹⁶⁸.

Nesse caso, falta ao agente o dolo de abandonar o posto ou local de serviço, elemento subjetivo reclamado na caracterização do crime.

Assim, segundo Rocha, se o militar se afasta de seu posto ou local de serviço ou mesmo da sede de sua unidade, sem para tanto estar autorizado, porém mantém contato visual permanente com o posto ou local onde deveria permanecer, com reais condições de intervir em caso de emergência ou perigo, há que se afastar a prática do crime de Abandono de Posto, e a conduta merecerá apreciação na órbita administrativa disciplinar da respectiva Força ¹⁶⁹. Neste sentido é a jurisprudência do STM:

[...] Os embargados não saíram, em tese, da área militar, pois se encontravam no rancho de um quartel vizinho, local comumente utilizado por militares das Unidades próximas. Se não era autorizado que os militares circulassem de uma Organização para outra sem a anuência de seus superiores, o fato deveria ser resolvido no âmbito administrativo, visto não ensejar, em tese, crime militar. Favorece aos Embargados a dúvida quanto ao alcance do fonoclama no complexo militar, não se podendo afirmar que ouviram ao chamado

¹⁶⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2003.01.049485-5/RJ*, Rel. Min. Max Hoertel, j. em 30 de março de 2004.

¹⁶⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STRAIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 308.

¹⁶⁹ ROCHA, Abelardo Júlio da. *Abandono de posto: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/abandonoposto.pdf>>.

da Unidade a sua procura. Invocação do princípio 'in dubio pro reo'... (sem grifo no original) ¹⁷⁰.

Outro caso interessante ocorre quando o militar, sem a devida autorização de seu superior, pede a um colega de farda que o substitua no posto ou lugar de serviço. Nestes casos, entende o STM que isso caracteriza o crime de abandono de posto, conforme o julgado abaixo:

[...] O delito de abandono de posto ou do local de serviço se caracteriza com a ausência momentânea do militar, não autorizada, do lugar em que estava obrigado a permanecer. A substituição por outro militar, sem autorização do superior, não afasta o crime, posto que a lesão ao serviço subsiste... (sem grifo no original) ¹⁷¹.

No entanto, apesar de o colendo Superior Tribunal Militar adotar tal posicionamento, não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no HC 92.910, reconheceu que, neste tipo de situação, aplica-se o princípio da insignificância.

O referido HC foi impetrado contra a decisão do STM que reformou a decisão da auditoria militar de rejeição da denúncia contra um militar da Marinha pelo crime de Abandono de Posto, para que o processo prosseguisse. O Juiz-Auditor rejeitou a denúncia sob o argumento de que, por aplicação do princípio da insignificância, o comportamento do denunciado melhor se tipificaria como contravenção disciplinar.

De acordo com as informações contidas no *Habeas Corpus*, o militar se ausentou do seu local de serviço por solicitação da esposa, que avisou por telefone sobre o estado de saúde de um dos filhos do casal, que havia passado por cirurgia de retirada de rim. O militar teria solicitado a um colega que o substituísse, mas não informou de imediato a seus superiores sobre a necessidade de se ausentar, temeroso de não obter autorização.

A Defesa alegou que o comportamento do acusado deve-se ser visto sob o ângulo do princípio da insignificância, que retira no âmbito do juízo penal questões irrelevantes. No mesmo sentido opinou a Procuradoria Geral da República.

¹⁷⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2009.01.051014-5/DF*, Rel. Min. Olímpio Pereira da Silva Júnior, j. em 10 de março de 2010.

¹⁷¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2007.01.050692-6/RJ*, Rel. Min. José Coelho Ferreira, j. em 3 de abril de 2008.

Assim, no julgamento do mérito, o STF determinou a extinção definitiva do processo contra este militar, onde, segundo consta no acórdão, “aplica-se, ao delito castrense de Abandono de Posto, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal”¹⁷².

No caso, não houve perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, pois o serviço não ficou abandonado, mas sim ficou sob os cuidados de outro militar. Porém, ainda sim a conduta é reprovável, porque a substituição foi feita à revelia do superior hierárquico, caracterizando violação do dever confiado ao militar. Assim, o caso deve ser apreciado na órbita administrativa disciplinar, e não no juízo penal.

Em síntese, nos casos em que o militar se afasta, sem autorização do superior, de seu posto ou local de serviço, porém mantém contato visual permanente com o posto ou local onde deveria permanecer, com condições de intervir em caso de emergência ou perigo, não haverá a prática do crime de Abandono de Posto, mas somente a transgressão disciplinar. O mesmo se aplica no caso de o agente se fazer substituir por outro militar, no posto ou lugar do serviço, sem autorização do superior hierárquico, por aplicação do princípio da insignificância.

3.2 EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO

A Embriaguez em Serviço está tipificada como crime no artigo 202 do Código Penal Militar, assim redigido:

Embriaguez em serviço

Art. 202. Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos¹⁷³.

O delito em questão é classificado como propriamente militar, pois está tipificado no Código Penal castrense e somente pode ser praticado pelo militar, sendo usado o critério *ratione personae*. Insere-se no Título III, referente aos crimes contra o serviço militar e o dever militar, e dentro do Capítulo III, cujo rol é os crimes militares em serviço. Anota Loureiro Neto que:

¹⁷² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 92.910/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20 de novembro de 2007.

¹⁷³ BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

A embriaguez sempre constituiu uma razão de preocupação por parte do legislador castrense, e desde a sua origem legislativa foi tratada com excesso de rigor, como é de se observar através dos três artigos entre os vinte e nove que compunham os 'Artigos de Guerra' do Conde de Lippe, destacando-se o artigo 24, que rezava: 'Se qualquer soldado cometer algum crime estando bêbado, de nenhum modo o escusará do castigo a bebedice; antes, pelo contrário, será punido dobramente, conforme as circunstâncias do caso'¹⁷⁴.

Salienta-se que, segundo Assis, a embriaguez pode ocorrer por ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias de efeitos análogos, como entorpecentes, por exemplo. Neste caso, o CPM prevê como crime militar o fazer uso dessas substâncias que se encontram sob sua guarda ou cuidado (art. 291, parágrafo único, I), com pena idêntica à do delito da embriaguez¹⁷⁵.

A conduta de embriagar-se em serviço, além de ser tipificada como crime militar, também é tipificado de maneira semelhante nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

Assim, no Regulamento Disciplinar da Marinha, art. 7º, item 35, é contravenção disciplinar "apresentar-se em Organização Militar em estado de embriaguez ou embriagar-se e comportar-se de modo inconveniente ou incompatível com a disciplina militar em Organização Militar"¹⁷⁶.

No Regulamento Disciplinar do Exército, Anexo I, itens 109 e 110, não pode o militar "fazer uso, ter em seu poder ou introduzir, em área militar ou sob jurisdição militar, bebida alcoólica ou com efeitos entorpecentes, salvo quando devidamente autorizado"¹⁷⁷ e também "comparecer a qualquer ato de serviço em estado visível de embriaguez ou nele se embriagar"¹⁷⁸.

No caso do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, artigo 10, item 58, pratica transgressão disciplinar o militar que "embriagar-se com bebida alcoólica ou similar"¹⁷⁹.

Pela redação dos dispositivos citados, percebe-se que a transgressão do item 110 do RDE é que a que mais se aproxima do tipo penal em estudo, pois tipifica a conduta de 'embriagar-se em serviço' e 'apresentar-se embriagado ao serviço'. Além

¹⁷⁴ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 161.

¹⁷⁵ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 415.

¹⁷⁶ BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

¹⁷⁷ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁷⁸ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁷⁹ BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

disso, os dois itens desse diploma legal fazem a distinção entre a embriaguez em serviço e fora dele. Já no RDM e no RDA não há essas distinções, abrangendo o 'embriagar-se' e o 'apresentar-se embriagado' de uma maneira geral, sem especificar se é em serviço ou não. Também é importante destacar que, do mesmo modo que no RDE, no RDM e no RDA a conduta de introduzir clandestinamente bebida alcoólica em organização militar também é tipificada como transgressão disciplinar (itens 68 e 90, respectivamente). Assim, não só aquele que se embriagou é penalizado, mas também aquele que trouxe a bebida alcoólica para dentro da organização militar.

Em relação ao tipo penal, Assis observa que:

O delito de embriaguez apresenta duas modalidades: na primeira, o militar encontra-se em serviço e, nessa qualidade, embriaga-se. Caso ingira bebida alcoólica e não se embriague, inexistente o delito. Da mesma forma se a embriaguez ocorre fora do serviço, resolve-se no âmbito disciplinar. Na segunda modalidade, a de apresentar-se embriagado para prestar serviço, é necessário que o sujeito ativo tenha ciência de que iria entrar em serviço¹⁸⁰.

Com relação à primeira modalidade, ressalta-se que é extremamente grave, uma vez que a embriaguez tem como consequência imediata, no mínimo, a falta de atenção e prejuízo ao desempenho do serviço que o agente está realizando, podendo evoluir até mesmo para a incapacidade total para a continuação do mesmo. Assim, pode se dizer que se trata de um crime de perigo abstrato, pois haverá risco de dano à segurança ou ao regular funcionamento da organização militar.

Já à segunda modalidade não é grave, uma vez que um militar que se apresenta embriagado certamente será impedido de assumir o serviço, sendo convocado outro militar para substituí-lo, o que não colocaria em risco à segurança ou o regular funcionamento da organização militar. Na jurisprudência do STM há exemplos de condenações nas duas modalidades, conforme mostra o julgado abaixo:

[...] Provado nos autos que os réus estavam escalados para o serviço, que o graduado embriagou-se durante o mesmo e o marinheiro apresentou-se embriagado para prestá-lo, tipificado

¹⁸⁰ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, p. 415.

restou o delito previsto no artigo 202 do Código Penal Militar. A ingestão da bebida levou ambos os apelados ao estado de embriaguez patológica, consoante laudo pericial, o que afetou o discernimento do graduado quando da prática dos demais crimes (sem grifo no original) ¹⁸¹.

Cabe ressaltar que, na situação em que o militar que não estava previamente escalado para assumir determinado serviço, se vier, por ocasião do início deste, a ser convocado para substituir outro militar, e estiver embriagado, não haverá pratica do delito em estudo, pois faltava a este militar e ciência prévia de que iria assumir o serviço. Neste sentido é o julgado abaixo do STM:

[...] Embriaguez em serviço. Condenação em 1º instância. Inconformismo da defesa. Reforma de sentença. Apresentação de militar em quartel, mediante ofício, com sintomas de embriaguez. Os termos 'ser apresentado' ou 'ter sido apresentado' não compõem a descrição prevista no tipo penal. Crime não caracterizado. Provido apelo defensivo para, reformando o '*decisium*' de primeiro grau, absolver o réu do crime previsto no Art. 202 do CPM... (sem grifo no original) ¹⁸².

Também não se pode, nessa situação, imputar ao militar a prática de transgressão disciplinar, pois, do mesmo modo que no crime, falta ciência de que iria assumir algum serviço.

Quanto à prova do crime, não é necessário laudo pericial para comprovar que o agente, por ocasião da apresentação ao serviço ou durante o serviço estava embriagado, conforme o entendimento predominante no STM:

[...] Militares que durante a execução de serviço de escala ingerem grande quantidade de bebida alcoólica. Condutas que denotam claramente estado de embriaguez. Mesmo inexistindo laudo que comprove a dosagem etílica, a prova testemunhal, conjugada com as condutas dos agentes, demonstrando que não estavam os mesmos no pleno controle de suas ações, constitui meio de prova suficiente para concluir que estavam efetivamente embriagados... (sem grifo no original) ¹⁸³.

¹⁸¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 1994.01.047378-5/PE*, Rel. Min. Antônio Joaquim Soares Moreira, j. em 9 de novembro de 1995.

¹⁸² BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2005.01.049968-7/CE*, Rel. Min. José Alfredo Lourenço dos Santos, j. em 18 de julho de 2007.

¹⁸³ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2006.02.049951-2/MS*, Rel. Min. Carlos Alberto Marquês Soares, j. em 22 de fevereiro de 2007.

Assim, a prova testemunhal é meio idôneo para comprovar se determinado militar estava ou não embriagado. Além disso, do ponto de vista jurídico, o que importa não é a concentração de álcool por litro de sangue, mas sim as manifestações de comportamento, fato que só pode ser comprovado por prova testemunhal. Neste sentido, França aduz que “mais importante do que determinar a taxa de álcool no sangue, na urina, ou no ar expirado, é caracterizar as manifestações de uma embriaguez logo após o delito”¹⁸⁴. Desta forma, o uso de álcool ou entorpecente pode ou não causar embriaguez. Isto vai depender da quantidade consumida e da reação orgânica individual.

Sendo a embriaguez em serviço tipificada tanto como crime quanto como transgressão disciplinar, resta saber se é possível que uma determinada conduta de embriaguez possa ser punida somente como transgressão disciplinar. O STM entende como inadmissível essa desclassificação, conforme o julgado abaixo:

[...] Inadmissível a desclassificação do crime de embriaguez em serviço para transgressão disciplinar. O CPM dispõe de regras sistemáticas estabelecendo a desclassificação de crime para transgressão disciplinar. E o crime de embriaguez em serviço não se encontra elencado entre aqueles que podem ser desclassificados... (sem grifo no original)¹⁸⁵.

Desta forma, demonstrado que, durante a execução do serviço, o militar tenha se embriagado, o crime restará consumado, não se podendo falar em transgressão disciplinar. Assim, o item 110 do RDE não tem aplicação no caso concreto, pois toda embriaguez é em serviço é considerada crime militar.

Porém, conforme ressaltou Assis na citação atrás, se o militar, estando de serviço, ingerir bebida alcoólica, mas não se embriagar, inexistirá o delito. Desta forma, não havendo o delito, remanescerá a transgressão disciplinar.

Da mesma forma, nas situações em que o uso de álcool ou a embriaguez for fora de serviço, não haverá a prática de crime, mas sim transgressão disciplinar.

A existência do delito de Embriaguez em Serviço é criticada pela doutrina, entendendo alguns que essa conduta deveria ser punida somente na esfera disciplinar. Nesse sentido, aduz Loureiro Neto que:

¹⁸⁴ FRANÇA, Genival Veloso de *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 172.

¹⁸⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2000.01.048528-7/RS*, Rel. Min. José Luiz Lopes da Silva, j. em 24 de outubro de 2000.

Esse dispositivo tem gerado no foral castrense decisões contraditórias e iníquas em decorrência do conceito falso de embriaguez. Não bastasse, a avaliação da prova da embriaguez pelos tribunais castrenses não tem obedecido a um critério uniforme, chegando até mesmo a contrariar diretrizes médicas a respeito. Por essas razões, propusemos em nosso livro (1990:110) sua supressão do Código Penal Militar, e que as hipóteses nele contidas sejam apreciadas somente na esfera disciplinar... (sem grifo no original)¹⁸⁶.

Para este doutrinador, o item 110 do RDE, seria o suficiente para reprimir este tipo de conduta. Da nossa parte, entendemos que deveria ocorrer a supressão apenas da parte final do tipo penal do artigo 202 do CPM. Conforme se ressaltou, somente a primeira modalidade do delito, ou seja, a conduta de ‘embriagar-se’ em serviço é grave, pois coloca em perigo à segurança e a regularidade dos serviços da organização militar. Já a segunda modalidade, ou seja, a conduta de ‘apresentar-se embriagado’, não coloca à segurança e os serviços da organização militar em risco de dano. Mesmo assim, o STM aplica a punição pela segunda modalidade, conforme o julgado abaixo:

[...] Autoria e materialidade encontram-se amplamente comprovadas, não só pela confissão, mas, também, pela prova testemunhal e o Exame Pericial, restando incontestes a culpabilidade, pois de acordo com os autos, o apelante estava escalado para serviço armado em Unidade Militar, no mesmo dia em que também prestaria esclarecimentos em outra Investigação Policial Militar. Na noite anterior, ingeriu bebida alcoólica, apresentando-se na OM com indícios de grande intoxicação, sendo tal fato percebido por todos aqueles que estavam em sua volta, demonstrando, aquela praça, dificuldades para se expressar corretamente perante seus companheiros... (sem grifo no original)¹⁸⁷.

Percebe-se pela leitura deste acórdão que o militar apresentou-se embriagado para prestar o serviço e foi condenado criminalmente por isso, fato que viola os princípios da intervenção mínima e da razoabilidade que devem reger na seara criminal. Constata-se que o Direito Disciplinar Militar seria suficientemente eficiente para punir este tipo de conduta. Neste sentido, o ‘apresentar-se embriagado’ está assim tipificado no item 59 do Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Rio Grande do Sul: “apresentar-se para as atividades de serviço em estado

¹⁸⁶ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 161.

¹⁸⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2000.01.048611-9/BA*, Rel. Min. Antônio Carlos de Nogueira, j. em 25 de junho de 2001.

de embriaguez ou sob efeito de substâncias entorpecentes”¹⁸⁸. Tal dispositivo poderia ser utilizado como referência para tipificar esta conduta nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

3.3 DORMIR EM SERVIÇO

O delito militar de Dormir em Serviço está tipificado no artigo 203 do Código Penal Militar, assim redigido:

Dormir em serviço

Art. 203. Dormir o militar, quando em serviço, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante:

Pena - detenção, de três meses a um ano¹⁸⁹.

Trata-se de crime propriamente militar, pois está tipificado no Código Penal castrense e somente pode ser praticado pelo militar, sendo usado o critério *ratione personae*. Insere-se no Título III, referente aos crimes contra o serviço militar e o dever militar, e dentro do Capítulo III, cujo rol é os crimes militares em serviço. Ensina Loureiro Neto que “a objetividade jurídica é o dever militar, que não se compadece com o proceder do militar que não cumpre seu dever de permanecer acordado durante a execução de uma das funções descritas no tipo penal”¹⁹⁰.

A incriminação do delito do sono é muito antiga no Direito Penal castrense. Roth observa que:

O CPM manteve a tradição de prever o delito do sono, que já era contemplado nos Artigos de Guerra do Conde de Lippe (art. 12) 24 - inspirados nos Artigos de Guerra da Alemanha, que remontavam aos da Inglaterra de 1621, de Gustavo Adolfo -, para determinadas atividades do militar, discriminando-as entre o Oficial e a Praça, e contentando-se com a mera conduta de adormecer, independentemente de qualquer dano dele decorrente¹⁹¹.

¹⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. *Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul*. Decreto nº 43.245, de 19 de julho de 2004.

¹⁸⁹ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

¹⁹⁰ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, ps. 178-179.

¹⁹¹ ROTH, Ronaldo João. *Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar?* Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>.

Os antigos doutrinadores sempre divergiam a respeito do delito do sono. Araújo concluiu que a incriminação do delito em estudo constitui o 'cúmulo do absurdo e da irracionalidade'. Justifica seu entendimento ao aduzir que, na opinião dos doutores da ciência, o sono constitui um fenômeno fisiológico, proveniente de diversas causas, como a fadiga, principalmente, o excesso de atenção, resultante ora de excitações externas, ora de imagens reproduzidas e mesmo diminuição dessas excitações externas, como o silêncio, a obscuridade, a imobilidade e uma posição cômoda¹⁹².

No mesmo sentido estava Gusmão, que considerava o delito do sono uma disposição 'bárbara'. Para ele, o sono constitui uma reação orgânica defensiva contra a vigília, contra a qual só é possível reagir até determinados limites. Há, sem dúvida, determinadas ocasiões, ditadas por circunstâncias especiais, que tornam impossível resistir ao sono, e, citando o Conde de Ambrugeac: 'de todas as faltas militares, não há nenhuma mais involuntária e, por conseguinte, mais escusável. Marchas penosas, longas privações, o excesso de vigília, um calor acabrunhante, um frio rigoroso podem muitas vezes forçar ao sono o melhor soldado'. Conclui o autor que nessas situações há uma verdadeira intoxicação no organismo, e, sem que o militar pressinta, é dominado pelo sono, faltando-lhe as forças necessárias para resistir¹⁹³.

Em sentido contrário está Soares, para quem, na realidade, a lei não pune propriamente o sono da sentinela, mas o fato de por ele deixar-se surpreender. Há, assim, apenas uma inobservância do dever militar, consistente em dormir quando se devia ficar acordado, com possibilidade de ocasionar graves consequências¹⁹⁴.

No mesmo sentido está Bandeira, onde reconhece que o sono constitui realmente um fato natural, de características fisiológicas, na maioria das vezes irresistível. No entanto, pondera o autor, há de se entender o grande dano, as graves consequências que poderão advir em casos que a sentinela deixar-se por ele surpreender. Por isso, conclui, não repugna o senso jurídico a punição de um fato cujas consequências poderão ser as mais funestas ao exército de um país¹⁹⁵.

Com base nestas lições, conclui-se que não há nada de absurdo neste tipo penal, uma vez que o que se pune é o descumprimento do dever militar daquele que

¹⁹² ARAÚJO, João Vieira de *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, ps. 173-174.

¹⁹³ GUSMÃO, Crysólito de *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, ps. 174-175.

¹⁹⁴ SOARES, Macedo *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 174.

¹⁹⁵ BANDEIRA, Esmeraldino *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 175.

se deixou levar pelo sono. Assim, o dever militar de permanecer acordado quando em serviço está acima de qualquer outra indagação.

A conduta de dormir em serviço, por ser extremamente prejudicial à organização militar, também constitui transgressão disciplinar de acordo com os regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

Assim, no Regulamento Disciplinar da Marinha, art. 7º, item 64, é contravenção disciplinar “conversar, sentar-se ou fumar, estando de serviço, quando não for permitido pelas normas e disposições da Organização Militar”¹⁹⁶.

No Regulamento Disciplinar do Exército, Anexo I, item 52, não pode o militar “conversar, distrair-se, sentar-se ou fumar, quando exercendo função de sentinela, vigia ou plantão da hora”¹⁹⁷.

No caso do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica não há nenhuma disposição semelhante aos citados anteriormente, sendo tal conduta punida com base no princípio da atipicidade, nos termos do parágrafo único do artigo 10 do RDA.

Observa-se que os tipos citados não preveem expressamente o verbo ‘dormir’. Entretanto, o adormecer está contido dentro do verbo ‘distrair-se’ e a conduta de ‘sentar-se’ pode ser a preparação para adormecer.

Sobre o tipo penal, o verbo ‘dormir’, conforme esclarecem Neves e Straifinger, significa desligar-se do que se passa à sua volta, perder a noção do ambiente que o envolve, seja por pouco tempo (‘cochilo’), seja por longa duração (sono profundo). Já que o tempo em que o militar dorme é elemento não delimitado no tipo em estudo, basta que no tempo em que o agente se desligou da realidade haja a ameaça aos bens jurídicos tutelados, ou seja, o dever e o serviço militares¹⁹⁸.

Sobre a periculosidade da conduta, ensina Lobão que é irrelevante saber se resultou dano, porquanto se trata de crime de perigo, contentando-se a norma penal com a probabilidade de dano à segurança da unidade, pois as funções especificadas no artigo são de grande importância para a segurança da organização militar. Ensina o autor ainda que o militar tem o dever de utilizar todos os meios possíveis para evitar que adormeça e quando esses meios se apresentem deficientes, cumpre

¹⁹⁶ BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

¹⁹⁷ BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁹⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STRAIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 336.

participar ao superior hierárquico a fim de que sejam adotadas providências cabíveis¹⁹⁹. Roth observa ainda que:

Não se discute a evidência de risco à segurança individual e da própria unidade militar do agente que, numa das circunstâncias previstas no crime de dormir em serviço, seja encontrado dormindo, pois seu armamento individual ou o armamento da Unidade que garante, bem como o serviço, estarão em risco e vulneráveis diante da omissão do dever do militar de permanecer acordado²⁰⁰.

Assim, o crime de dormir em serviço constitui crime de perigo abstrato, pois sua consumação independe da ocorrência de dano ou da verificação do risco de dano no caso concreto à organização militar.

No delito de dormir em serviço, sua consumação independe da ocorrência de algum resultado naturalístico. E ainda, os momentos consumativo e executivo se confundem, sendo que a consumação está na própria execução da conduta. Por isso, não há que se falar em tentativa²⁰¹. Neste sentido é o entendimento do STM, conforme o julgado abaixo:

[...] O crime em questão é classificado como sendo de mera conduta, não sendo, portanto, exigível resultado naturalístico. Inexistem nos autos evidência de um mal-estar, na data do flagrante que tenha levado a uma sonolência incontrolável do Acusado, e mesmo que houvesse era de se esperar que o mesmo adotasse as atitudes cabíveis a fim de impedir a consumação do delito de dormir em serviço de sentinela... (sem grifo no original)²⁰².

Assim, trata-se de delito de mera conduta, pois basta o militar se omitir em seu dever de permanecer acordado que estará consumado o crime, independente de qualquer dano à organização militar.

Sobre o elemento subjetivo, ensina Loureiro Neto que:

O dolo será o de ação, pois que sendo a vontade ilícita, o querer visa exclusivamente o fato descrito no tipo penal. Assim, no delito do sono, o militar que se propõe a dormir quando em serviço, numa das situações descritas no tipo penal, e, realmente, termina por

¹⁹⁹ LOBÃO, Célio *apud* ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*, ps. 419-420.

²⁰⁰ ROTH, Ronaldo João. Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar? Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>.

²⁰¹ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 179.

²⁰² BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2009.01.051642-5/PA*, Rel. Min. Francisco José da Silva Fernandes, j. em 6 de abril de 2010.

adormecer, o dolo está na própria ação. Portanto, o militar de serviço de sentinela, sabedor que durante seu ‘quarto’ não haverá ‘ronda’, acomoda-se em local favorável ao sono, vindo realmente a adormecer, cometerá o delito em estudo²⁰³.

Neste delito, o dolo se dá tanto na forma direta quanto na forma eventual. No dolo direto, o agente deseja dormir quando está cumprindo serviço e se coloca numa posição favorável para tanto. O julgado abaixo do STM mostra um exemplo desta modalidade de dolo:

[...] Soldado Fuzileiro Naval que, estando escalado para o serviço de sentinela, é encontrado dormindo em uma rede de selva no Posto de Vigilância da Unidade em que servia. O reconhecimento pelo acusado de que levava a rede de selva em que foi encontrado dormindo, aliado ao depoimento do graduado que exercia a função de Sargento de Polícia no dia dos fatos, e que surpreendeu o réu dormindo, são suficientes para legitimar o decreto condenatório de primeira instância... (sem grifo no original) ²⁰⁴.

No caso, pelo fato deste militar estar dormindo em uma ‘rede de selva’ no posto em que deveria guarnecer mostra que o seu dolo era o de adormecer durante o serviço, o que caracteriza o dolo na modalidade direta.

Quanto ao dolo eventual, explicam Neves e Straifinger que “se a sentinela em seu quarto de hora encontra local confortável para se sentar e encostar-se, indevidamente, assume o risco de ser vencido pelo sono” ²⁰⁵. O julgado abaixo do STM demonstra essa situação:

[...] Não se pode acolher a versão do Apelante, ao afirmar não ter dormido quando em serviço de Sentinela, se fora o mesmo flagrado por dois graduados que faziam a ronda no local. É inadmissível que os superiores do Apelante, experientes militares, forjassem uma situação para prejudicá-lo, o qual, na ocasião de seu interrogatório, declarou nada ter contra aqueles. Verifica-se que o Apelante, ao debruçar-se sobre os braços no vão da guarita onde tirava serviço, assumiu o risco de adormecer, não se preocupando com a segurança de sua unidade... (sem grifo no original) ²⁰⁶.

²⁰³ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 179.

²⁰⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2008.01.051220-9/RJ*, Rel. Min. Francisco José da Silva Fernandes, j. em 15 de abril de 2009.

²⁰⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STRAIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 338.

²⁰⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2004.01.049534-7/RJ*, Rel. Min. Marcus Herndl, j. em 15 de junho de 2004.

Neste caso, o militar assumiu o risco de adormecer em razão de ter sido flagrado de 'bruços' no posto em que deveria exercer a vigilância, constituindo o dolo na modalidade eventual.

Sintetizando, conforme Roth:

Será indiciário para a ocorrência do crime o fato do militar de serviço estar acomodado para o desencadeamento do sono, o que caracteriza o tipo penal epigrafado, como também será indiciária a situação da sentinela ou do plantão, que, devendo estar de pé, é surpreendido sentado ou deitado e sem percepção do que passa ao seu redor, cuidando-se de selecionar ambiente para tal conduta, como retirar o seu equipamento, a farda, ou providenciar uma poltrona, sofá, cama ou até um colchão para tal²⁰⁷.

Entretanto, há que se ponderar que o sono do militar em serviço pode se dar pela indiferença ao cumprimento do dever ou por consequência de um cansaço estafante. Assim, é possível que, mesmo o agente não querendo dormir no serviço, acabe adormecendo por razões fisiológicas. Conforme explica Lobão:

O militar tem o dever de valer-se de todos os meios possíveis para evitar que adormeça nos serviços especificados. Se esses meios se apresentam ineficazes, cumpre comunicar ao superior hierárquico, para que providencie sua substituição. Realmente, se em vez de movimentar-se, o militar senta-se ou recosta-se, cria condições favoráveis ao sono. No entanto, se apesar da movimentação, o sono se apresenta como iminente e inevitável, dificultando os passos, afetando a concentração, só resta comunicar ao superior para as providências cabíveis²⁰⁸.

No entanto, conforme explica Teixeira, no caso do militar em serviço adormecer, a culpa deste consiste em não ter reagido suficientemente contra o sono. Mas, o crime deixará de existir se ficar provado que se tratava de militar impossibilitado de resistir ao sono em consequência de algum estado mórbido, circunstância esta que deverá ser revelada por ele, sob pena de ser responsável pelo crime de dormir em serviço. Nesse sentido, o STM, em 1925, decidiu que: o intuito da lei incriminando o sono da sentinela foi proteger as funções delicadas do serviço de vigilância, que pode, às vezes, comprometer a própria segurança do Exército, sem, todavia, exigir a punição do guarda que tem a seu favor motivos de

²⁰⁷ ROTH, Ronaldo João. Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar? Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>.

²⁰⁸ LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, p. 295.

ordem fisiológica ou circunstâncias especiais que tornem impossível evitar o sono. Uma vez provados estes, a pena criminal desaparece, como também não tem lugar se do evento resulta apenas prejuízo à disciplina, pois nesse último caso surge a figura da transgressão disciplinar²⁰⁹.

Tal desclassificação do crime para transgressão disciplinar ocorre porque, conforme assinala Lobão, o delito de dormir em serviço é punível exclusivamente em decorrência de dolo. Na hipótese de adormecimento culposo, que ocorre, por exemplo, quando o militar ingere comprimidos para dor sabendo que o remédio pode ocasionar sono irresistível, mas acredita poder resistir, vindo adormecer, tal fato resolve-se no âmbito disciplinar²¹⁰.

Ainda, conforme explica Rosa:

Existe uma diferença entre a transgressão e o crime de dormir em serviço, que decorre da intensidade da prática do ato. Por exemplo, se o militar está de pé, na condição de sentinela, mas vem a fechar os olhos, mas permanece ainda de pé, não há que se falar em crime militar, mas em uma transgressão de natureza disciplinar [...]. Mas, se a mesma sentinela, deixa o seu posto, e se dirige a um local reservado, onde retira o cinto de guarnição, a cobertura para que possa dormir teremos neste caso o crime militar e não a transgressão disciplinar²¹¹.

Desta forma, nas hipóteses em que o militar em serviço, tomando todas as medidas para não ser vencido pelo sono, vier a adormecer em razão de um cansaço extremo ou por uma particular condição fisiológica, e comprovado estes, não haverá o crime. Também não haverá o crime se o militar permanecer de pé e perder a noção do que se passa a sua volta. Em todos estes casos, falta o dolo na conduta, que exclui a própria tipicidade penal, restando somente o ilícito administrativo, que é de natureza subsidiária.

Em relação aos sujeitos ativos, o tipo penal distingue as situações em que o oficial ou a praça podem cometer o crime. Em se tratando de oficial, quando na função de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente. Nesta última situação, deixou o legislador ao intérprete verificar quais as situações que se equivalem ao serviço de ronda ou de quarto. Segundo Loureiro Neto, o oficial de dia, ou seja, o

²⁰⁹ TEIXEIRA, Sílvio Martins *apud* LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, ps. 178-179.

²¹⁰ LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, p. 298.

²¹¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Dos crimes de abandono de posto e de outros crimes em serviço – comentários aos crimes de natureza propriamente militar*. Disponível em: <<http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/artigos/dos-crimes-de-abandono-de-posto.pdf>>.

militar responsável por comandar o serviço no âmbito da organização militar, se dormir durante o serviço, não cometerá o delito em estudo²¹². Porém, este oficial não poderá estar na função de quarto ou de ronda, que é a situação onde se fiscaliza a atividade dos demais militares em serviço. Em relação às praças, quando na função de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou qualquer serviço de natureza semelhante. Segundo Roth, as situações extensivas na parte final do tipo penal abrangem um rol de situações que envolvam a segurança da unidade ou de terceiros, ou o dever de vigilância²¹³.

Neste sentido, a jurisprudência abaixo do STM mostra um exemplo de condenação criminal a uma praça em serviço:

[...] Pratica o crime de 'Dormir em Serviço', descrito no artigo 203 do CPM, o militar que, estando de plantão ao alojamento de cabos e soldados de sua subunidade, é encontrado na cama deitado e adormecido, exatamente no horário em que deveria estar vigilante...²¹⁴.

A importância de enumerar os serviços que caracterizam o delito serve para, no caso concreto, distinguir entre a ocorrência do delito ou a transgressão disciplinar. Neste sentido, Rosa aduz que:

O tipo penal estabelece que o crime pode ser praticado tanto pelo agente que se encontra na condição de oficial como pelo agente que se encontra na condição de praça, mas tanto em um caso como em outro é preciso que sejam preenchidas as demais condições enumeradas no artigo, quais sejam, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante. Caso estas condições não sejam preenchidas, existirá não o crime de dormir em serviço, mas a transgressão disciplinar prevista no Regulamento Disciplinar...²¹⁵.

Diante do exposto, pode se afirmar que na hipótese do militar estar dormindo durante o expediente de sua unidade, mas não estando em atividade de ronda, de

²¹² LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, p. 178.

²¹³ ROTH, Ronaldo João. Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar? Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>.

²¹⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal Militar. *Apelação n.º 2005.01.049849-4/SP*, Rel. Min. Flávio de Oliveira Lencastre, j. em 1º de junho de 2006.

²¹⁵ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Dos crimes de abandono de posto e de outros crimes em serviço – comentários aos crimes de natureza propriamente militar*. Disponível em: <<http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/artigos/dos-crimes-de-abandono-de-posto.pdf>>.

quarto, de vigia, de sentinela, e desvinculado da atividade operacional, a matéria deve ficar reservada apenas ao Regulamento Disciplinar, por não estar subsumida ao tipo penal. Da mesma forma, se o militar dorme durante instrução ou em sala de aula ou na sua seção administrativa no interior da caserna, não comete o delito em epígrafe, mas apenas uma infração disciplinar. Nos casos em que o militar seja o rádio-operador, atendente de ocorrências, o controlador de radar, o controlador de voo, etc., atividades geralmente desenvolvidas nas organizações militares, não há dúvida alguma que, adormecendo o militar no serviço, naturalmente o crime estará caracterizado, pois a omissão no dever de vigilância naquelas atividades implica em um perigo à segurança de terceiros.

Em suma, se o militar vier a dormir em atividades diversas das especificadas pelo Código Penal Militar, ou se vier a dormir culposamente, não haverá a prática de crime militar, mas sim transgressão disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado nesta monografia foi as distinções entre os crimes militares e as transgressões disciplinares cometidos em serviço no âmbito das Forças Armadas. O objetivo geral foi o de identificar os critérios que distinguem, no caso concreto, os tipos penais de abandono de posto, embriaguez em serviço e dormir em serviço, condutas essas previstas no Código Penal Militar, com os correspondentes tipos transgressoriais previstos nos regulamentos disciplinares militares. Para tanto, a monografia foi dividida em três capítulos.

O objetivo do primeiro capítulo foi o de analisar os aspectos do crime militar. Em suma, verificou-se que o fundamento do Direito Penal Militar é a proteção das instituições militares, principalmente em relação aos princípios da hierarquia e da disciplina, que são de índole constitucional. Constatou-se que, ao contrário de muitos outros ramos jurídicos, o Direito Penal Militar é extremamente antigo, tendo sua origem nas civilizações da antiguidade, especialmente a romana, e tendo o Direito Militar brasileiro se originado a partir dos 'Artigos de Guerra' do Conde de Lippe, militar inglês que prestou serviços ao Reino de Portugal no século XVIII.

Em relação ao crime militar, verificou-se que se divide entre crimes próprios e impróprios. O primeiro são os previstos exclusivamente na lei penal castrense e que só podem ser praticados por um militar. O segundo são os que existem tanto no CPM quanto nas demais leis penais, podendo ser praticados tanto por um civil quanto por um militar.

Sobre a teoria do fato punível no crime militar, constatou-se que o tipo penal é composto por elementos objetivos e subjetivos – dolo e culpa. Que as causas de exclusão de ilicitude são semelhantes às previstas no Código Penal comum, acrescida da excludente referente à conduta do comandante de navio, aeronave ou praça de guerra que na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque, podendo esta causa de exclusão ser aplicada inclusive em tempo de paz. Que a imputabilidade penal, por força da Constituição Federal, é a partir do 18 anos. Que se o subordinado receber uma ordem manifestamente ilegal

de superior hierárquico ele deve descumpri-la, sob pena de responder criminalmente por esta conduta. Que nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material. Por fim, que a existência do estado de necessidade como excludente da culpabilidade no CPM decorre da adoção, pelo legislador, da teoria diferenciadora, contrapondo-se a teoria unitária adotada pelo Código Penal comum.

No segundo capítulo, descreveram-se os aspectos da transgressão disciplinar. Concluiu-se que o Direito Administrativo Disciplinar Militar, por possuir objeto e princípios próprios, constitui-se em um ramo autônomo do Direito. Verificou-se que transgressão disciplinar é toda ação ou omissão que não constitua crime militar, ofensiva à ética, às obrigações ou aos deveres militares, e, como tal, é classificada pelos regulamentos disciplinares das Forças Armadas. Concluiu-se que a principal distinção entre o crime militar e a transgressão disciplinar está na maior gravidade do primeiro. Verificou-se que a finalidade da punição disciplinar é a reeducação do militar infrator e o fortalecimento da disciplina e da justiça no âmbito das Forças Armadas. Constatou-se que existe uma controvérsia entre os doutrinadores sobre a constitucionalidade dos regulamentos disciplinares editados mediante decreto, e que até o momento o Supremo Tribunal Federal não tomou uma posição a respeito.

Em relação à teoria do ilícito disciplinar militar, concluiu-se que se adota a teoria bipartida, constituindo a transgressão disciplinar um fato típico e antijurídico. Verificou-se que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas adotam tanto o princípio da tipicidade mitigada quanto o da atipicidade para especificar o que é transgressão disciplinar, porém o segundo é tido como inconstitucional pelos doutrinadores. Constatou-se que a conduta do agente deve ser provida de elemento subjetivo, sendo direcionada na intenção de produzir o resultado (dolo) ou, no mínimo, deve ser dotada de um descuro tal que leve ao desvalor da ação (culpa). Verificou-se que as causas de exclusão da ilicitude no Direito Disciplinar Militar são chamadas de causas de justificação, e que incluem além das clássicas causas de exclusão da ilicitude do Direito Penal, causas de exclusão da culpabilidade.

Por fim, concluiu-se que no caso de concurso entre crime militar e transgressão disciplinar, aplica-se o princípio da subsidiariedade, chamado por Nelson Hungria de 'soldado de reserva', uma vez que o tipo transgressional é um

tipo subsidiário em relação ao tipo penal, devendo este ser aplicado quando a Justiça castrense declarar que a conduta não se enquadra como crime militar.

No terceiro capítulo, foram identificadas as distinções entre os crimes militares de abandono de posto, embriaguez em serviço e dormir em serviço com as respectivas transgressões disciplinares.

No projeto de monografia, foi levantada a hipótese de que o abandono de posto constituiria crime militar quando o agente, incumbido do serviço de segurança das instalações, se ausentasse e perdesse totalmente o contato visual do lugar em que deveria guarnecer. Já a transgressão disciplinar ocorreria quando o agente se afastasse do local em que deveria permanecer, porém mantivesse contato visual com o local, tendo condições de reagir caso alguma coisa acontecesse. Foi levantada também a hipótese de que nos serviços que não fossem de segurança de instalações militares, a conduta constituiria simples transgressão.

Na monografia concluiu-se que a ausência do militar do posto ou lugar do serviço, mesmo que por pouco tempo ou mesmo que ele objetive retornar caracteriza o crime, e não transgressão disciplinar. Verificou-se que não há que se falar em desclassificação do crime para transgressão disciplinar por inexistência de dano concreto à organização militar. Concluiu-se que o abandono de serviço, seja de que natureza for este, configura crime, e não transgressão disciplinar. Constatou-se que nos casos em que o militar se afasta, sem autorização do superior hierárquico, de seu posto ou local de serviço, porém mantém contato visual permanente com o posto ou local onde deveria permanecer, com condições de intervir em caso de emergência ou perigo, não haverá a prática de crime, mas somente de transgressão disciplinar. O mesmo se aplica no caso de o agente se fizer substituir por outro militar, no posto ou lugar do serviço, sem autorização do superior, por aplicação do princípio da insignificância.

Portanto, das três hipóteses levantadas, as duas primeiras foram confirmadas, pois a ausência total do militar do posto ou local de serviço constitui crime, porém se o militar se afasta, mas mantém contato visual com o local em que deveria guarnecer remanescera apenas a transgressão disciplinar. Quanto à última hipótese, verificou-se que ocorre exatamente o contrário, pois o crime de abandono de posto restará consumado independentemente da natureza do serviço.

Quanto à embriaguez em serviço, na fase de preparação da pesquisa foi levantada a hipótese de que constituiria crime militar o agente se colocar numa

situação em que a embriaguez o impossibilitasse totalmente de executar o serviço para o qual foi convocado. Já a transgressão disciplinar ocorreria quando o agente, estando em serviço, ingerisse bebida alcoólica e não se embriagasse, podendo continuar executando o serviço.

Com a realização da pesquisa, verificou-se que durante a execução do serviço, caso o militar venha a se embriagar, o crime restará consumado, não se podendo falar em transgressão disciplinar. Desta forma, concluiu-se que o item 110 do RDE não tem aplicação no caso concreto, pois toda embriaguez em serviço é considerada crime militar. Porém, se o militar, estando de serviço, ingerir bebida alcoólica e não se embriagar inexistirá o delito, remanescendo apenas a transgressão disciplinar. Da mesma forma, conclui-se que nas situações em que o uso de álcool ou a embriaguez for fora de serviço, não haverá a prática de crime, mas sim de transgressão disciplinar.

Desta forma, verifica-se que a primeira hipótese não foi confirmada, uma vez que a embriaguez em serviço constituirá crime independentemente de o militar ficar impossibilitado ou não de continuar o serviço, visto que constatou-se que se trata de crime de perigo abstrato. Já a segunda hipótese foi plenamente confirmada, pois a ausência de embriaguez descaracteriza o tipo penal, remanescendo apenas a transgressão disciplinar.

Já em relação à conduta de dormir em serviço, foi levantada a hipótese de que constituiria crime militar sempre que a conduta do agente fosse dolosa, estando claro que a intenção do militar era mesmo de dormir no momento em que deveria permanecer alerta. Já a transgressão disciplinar ocorreria quando a conduta fosse culposa, ou seja, o agente não queria propositadamente dormir, mas podendo fazer alguma coisa para impedir o resultado não o fez.

Na monografia verificou-se que se o militar vier a dormir em atividades diversas das especificadas pelo Código Penal Militar, ou se vier a dormir culposamente, não haverá a prática de crime militar, mas sim de transgressão disciplinar.

Portanto, ambas as hipóteses foram plenamente comprovadas, pois o dolo é a elementar fundamental do crime, e a culpa só é passível de punição no âmbito disciplinar.

De um modo geral, a pesquisa apresentou resultados que se quer foram levantadas nas hipóteses, o que demonstra a relevância deste trabalho. Assim,

diante de todo e exposto, verifica-se que o objetivo geral e os objetivos específicos foram plenamente atingidos.

Observa-se que os ramos jurídicos abordados nesta monografia ainda são muito pouco estudados nos cursos superiores de Direito, e que sendo assim, este trabalho é válido para fomentar a discussão do Direito Penal e Disciplinar Militar no âmbito dessa Universidade. Porém, há que se ressaltar o aumento no interesse acadêmico por essa área, conforme se observa na grande quantidade de obras bibliográficas produzidas nos últimos anos. Assim, destaca-se tanto os autores tradicionais, como Célio Lobão, Jorge César de Assis, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Ronaldo João Roth e Antônio Pereira Duarte quanto os novos doutrinadores, destacando-se Cícero Robson Coimbra Neves, Marcelo Straifinger, Jorge Luiz Nogueira de Abreu, Lone de Souza Cruz e Cláudio Amin Miguel, entre outros.

Por fim, espera-se que essa monografia sirva de referência para os futuros alunos que queiram desenvolver algum tema de monografia na área do Direito Militar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. São Paulo: Método, 2010.

ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*. 7^o ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 3^o ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2002.

BARROS, Miguel Daladier; ALVES FILHO, Valdir; SOUSA, Jacqueline Aguiar de. Da Inconstitucionalidade dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, p. 56, 15 de abril de 2006.

CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. *Direito penal e processo penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CORREA, Getúlio. *Direito Militar: História e doutrina*. Florianópolis: AMAJME, 2002.

COSTA, Alexandre Henriques da. O direito administrativo disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, p. 14, 2.^o bimestre de 2004.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

CRUZ, Lone de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Hierarquia e disciplina, vigas mestras das Forças Armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, p. 06, 2.^o bimestre de 2004.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. *Direito penal militar*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011.

GORRILHAS, Luciano Moreira. Conflito aparente de normas entre transgressões disciplinares e crimes militares e o necessário controle externo da atividade policial militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, p. 14, 5.º bimestre de 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 12º ed. Niterói: Impetus, 2010.

HADDAD, José Ricardo; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; JACOB, Luiz Guilherme de Almeida Ribeiro; FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de; VALLIM FILHO, Sérgio Carvalho de Aguiar. *Poder judiciário e carreiras jurídicas*. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KAPLAN, Abraam. *A conduta na pesquisa: metodologia para as ciências do comportamento*. São Paulo: Herder, 1972.

LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília jurídica, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Daniel Augusto. *O método fenomenológico na pesquisa*. São Paulo. Pioneira Thomson Learning, 2004.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensaio analítico. *Caderno jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, p. 191, 2.º semestre de 2004.

_____; STRAIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer pesquisa qualitativa*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

ROCHA, Abelardo Júlio da. Abandono de posto: crime ou transgressão disciplinar? *Jusmilitaris*. Santa Maria/RS, nov. 2009. Seção direito penal militar. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/abandonoposto.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar – teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Dos crimes de abandono de posto e de outros crimes em serviço – comentários aos crimes de natureza propriamente militar. *Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte/MG, nov. 2012. Seção artigos. Disponível em: <<http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/artigos/dos-crimes-de-abandono-de-posto.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

ROTH, Ronaldo João. Dormir em serviço: crime ou transgressão disciplinar? *Jusmilitaris*. Santa Maria/RS, jul. 2007. Seção direito penal militar. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/delitodosono.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

_____. *Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na autuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, p. 26, 5.º bimestre de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Waldyr. Crime militar e transgressão disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, p. 26, 3.º bimestre de 1999.

SOUZA, Kefren Castro de. Peculiaridades da embriaguez em serviço. *Jusmilitaris*. Santa Maria/RS, set. 2008. Seção direito penal militar. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/embriaguezservico.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

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

BRASIL. Decreto-*Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-*Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Publicado no Diário Oficial da União, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. Decreto-*Lei nº 1.002 de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Publicado no Diário Oficial da União, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. *Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Publicado no Diário Oficial da União, de 11 de dezembro de 1980.

BRASIL. *Decreto nº 76.322 de 22 de setembro de 1975*. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Publicado no Diário Oficial da União, de 23 de setembro de 1975.

BRASIL. *Decreto nº 88.545 de 26 de julho de 1983*. Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União, de 27 de julho de 1983.

BRASIL. *Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002*. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União, de 27 de agosto de 2002.

RIO GRANDE DO SUL. *Decreto nº 43.245 de 19 de julho de 2004*. Aprova o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Publicado no Diário Oficial do Estado, de 19 de julho de 2004.