

(In)aplicabilidade do novo art. 75 do Código Penal comum ao Direito Penal Militar e a desproporcionalidade dos dispositivos de aplicação da pena no Código Penal castrense

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar na Procuradoria de Justiça Militar de Santa Maria/RS. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria.

RESUMO: O presente raciocínio aproveita o ensejo da Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, para lançar um olhar sobre as regras de aplicação e de cumprimento de pena no Direito Penal Militar. Com o advento da nova Lei, alterou-se o art. 75 do Código Penal, elevando o limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos. Indaga-se, neste trabalho, se essa alteração influencia o Direito Penal Militar, o que impõe a necessidade de analisar não apenas o dispositivo específico da lei penal militar sobre o assunto, mas também outros sobre a aplicação e a unificação da pena, cotejados com o princípio da proporcionalidade. Conclui-se, ao final, que os dispositivos sobre a aplicação e a unificação foram recepcionados em parte pela Constituição Federal de 1988, e que a alteração do art. 75 do CP não modificou os limites de cumprimento de pena no Código Penal Militar, embora sirva de parâmetro para futuras alterações da lei castrense.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar. Princípio Da Proporcionalidade. Aplicação e cumprimento da pena privativa de liberdade.

ENGLISH

ABSTRACT: This reasoning takes advantage of the opportunity of Law No. 13.964/2019, known as the “Anticrime Package”, to shed some light over the rules of application and enforcement of sentences in military criminal law. After the new Law, art. 75 of the Penal Code has been amended, raising the maximum penalty limit to 40 years. This paper brings up the issue of whether this amendment influences military criminal law, which imposes the need to analyze not only the specific provision of military criminal law on the subject, but also others on the application and unification of the penalty, compared with the principle of proportionality. Finally, it is concluded that the provisions on application and unification were received in part by the Federal Constitution of 1988 and that the amendment of art. 75 of the Penal Code did not change the limits of compliance with the military penal code, although it serves as a parameter for future changes to the military justice.

KEY WORDS: Military Criminal Law. Principle of Proportionality. Application and Enforcement of the Private Penalty of Liberty.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O novo art. 75 do Código Penal – 3 Princípio da proporcionalidade e a justa resposta penal ao crime – 4 Avaliação Crítica dos dispositivos do Código Penal Militar que tratam da fixação da pena – 5 O art. 81 do Código Penal Militar e o art. 75 do Código Penal comum – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em de 11 de dezembro de 2019, o Plenário do Senado aprovou o “Pacote Anticrime”, trazido pelo Projeto de Lei n. 6.341/2019, que vingou, após sanção presidencial com alguns vetos, pela Lei n. 13.964/2019.

Houve substanciais alterações no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, com o objetivo, ao menos inicial, de alcançar mais rigor no combate à criminalidade, mas que ganhou peculiares disposições, muito discutidas na atualidade.

Embora seja uma extensa lei, a única alteração expressamente trazida ao Direito Castrense foi o acréscimo do art. 16-A ao Código de Processo Penal Militar, o que não impede que se discuta se outras alterações atingiram o Direito Militar.

Um dos pontos mais interessantes nessa tarefa está em verificar se a alteração do art. 75 do Código Penal comum pode gerar reflexos na aplicação e cumprimento da pena no Direito Penal Militar, mas esse é apenas o porto de partida, pois, como consequência, há que se revisitar alguns dispositivos do Código Penal Militar sob o crítico olhar do princípio da proporcionalidade.

Em outras linhas, a necessária avaliação da aplicação ou não da nova regra do Código Penal comum ao Direito Penal Militar leva a um estudo mais detido sobre as regras de aplicação de pena, com o propósito de permitir a justa resposta penal ao crime praticado.

Esta é a viagem proposta. Lançar um olhar renovado sobre alguns dispositivos afetos à aplicação da pena, aproveitando-se do ensejo do Pacote Anticrime.

2 O NOVO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL

A primeira tarefa, o primeiro ponto de parada dessa viagem é conhecer a alteração do art. 75 do Código Penal comum.

Como suscitado acima, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou profundamente do ordenamento jurídico brasileiro, inovando vários diplomas.

Entre eles, o Código Penal – Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – conheceu várias mudanças, interessando, particularmente, a nova redação do seu art. 75.

A alteração é muito simples, como se enxerga no seguinte quadro:

QUADRO COMPARATIVO DA REDAÇÃO DO ART. 75 DO CP (antes e depois da Lei n. 13.964/19)	
REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.</p> <p>§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>	<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.</p> <p>§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>

Houve simplesmente a mudança do limite para o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que passa a ser de 40 anos.

Com muita propriedade sobre o tema, dispõem Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17):

O limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República. Mas é inegável o relativo conteúdo dissuasório do dispositivo que indica ao cidadão que a prática reiterada de crimes pode lhe custar uma boa parte de sua vida na prisão. Neste contexto, o teto de trinta anos, previsto desde a redação original do Código Penal vigente, que levava em conta a expectativa de vida do brasileiro na década de 30, dada a desatualização flagrante do pressuposto fático da norma, tinha perdido esse caráter inibidor da sanção penal. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, a expectativa de vida do brasileiro aumentou 41,7 anos em pouco mais de sete décadas – de 1940 para 2014, dado que indicava a necessidade de atualização do índice.

Com efeito, o que se deseja com o dispositivo é impedir que a sanção privativa de liberdade importe em consumo de toda uma vida, mas sem que esse limite, esse freio, implique em diminuição do caráter desestimulante da sanção penal. A propósito da interpretação constitucional, especialmente para os direitos e garantias fundamentais, não custa lembrar que há a imposição, pelo princípio da eficiência máxima ou máxima efetividade, de que os preceitos constitucionais sejam densificados, alcançando expansividade, com o escopo de atingir a maior eficácia possível (MARTINS, 2020, p. 402).

Embora o § 1º sugira que a pena unificada não possa passar de 40 anos – assim como o fazia a antiga redação com o patamar de 30 anos –, possibilitando a compreensão de que se refere à aplicação da sanção penal, em verdade, o parágrafo diz respeito ao *caput*, ou seja, deve ser aplicado como critério de cumprimento da pena.

Em outros termos, quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma ultrapasse os 40 anos, será procedida a unificação do cumprimento para atender a esse limite, mas não significando que o limite seja imposto para fins de cálculos, por exemplo, fracionários para o livramento condicional, progressão de regimes, remição etc., à luz do que já dispunha a Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

Como se trata de lei penal mais gravosa, não custa lembrar o princípio de sua irretroatividade, conforme o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

Mas a alteração em comento, deve-se alertar, não afeta apenas o cumprimento da pena, já que traz reflexos em outros pontos, inclusive em parágrafos fora do Direito Penal.

Como exemplo, tem-se a discussão envolvendo a medida de segurança detentiva. Malgrado haja posição firme do STJ (Súmula 527) e do STF (RE n. 640135 AgR, rel. Min. Luiz Fux – Dje 12/12/2012) no sentido de que o limite máximo de duração da medida de segurança é aquele abstratamente previsto como máxima sanção privativa de liberdade para o delito cometido, há entendimento compreendendo que esse limite deveria coincidir com o limite máximo de cumprimento de pena previsto no art. 75 do Código Penal (CUNHA, **Pacote Anticrime**, 2020, p. 24). Assim, para esta segunda corrente, o limite para a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento passaria a ser o de 40 anos, após a Lei n. 13.964/2019.

Há, ainda, reflexo da alteração na extradição de estrangeiro.

A Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017), dispõe em seu art. 96:

Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de:

I – [...];

II – [...];

III - comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos;

Obviamente, a Lei de Migração, de 2017, “conversava” com o art. 75 do Código Penal e deve ser revista, sustentando Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 18) ter havido sua revogação tácita, que deve ter por parâmetro, agora, o cumprimento máximo de 40 anos. Também essa a visão de Rogério Sanches Cunha (**Pacote Anticrime**, 2020, p. 25), firmando que a “entrega do extraditando para países que imponham prisão perpétua, agora, depende da comutação dessa pena para sanção privativa de liberdade que não ultrapasse 40 anos (art. 75 do CP)”.

Na linha de discussão proposta, inevitavelmente, chega-se à indagação se a alteração do Código Penal comum produz reflexos no Direito Penal Militar, ou seja, se também nas execuções da Justiça Militar haveria a alteração do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos.

Não se pode responder a esta indagação, sem que se lance o olhar sobre alguns dispositivos de aplicação de pena no Código Penal Militar, cotejando-os com o princípio da proporcionalidade.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A AJUSTA RESPOSTA PENAL AO CRIME

A discussão sobre a individualização da pena, obviamente, é permeada pela ideia de proporcionalidade em três momentos: a) cominação da pena pelo legislador, quando da elaboração do tipo penal; b) fixação da pena, no caso concreto, pelo magistrado; c) execução da pena.

Assim, a proporcionalidade é ferramenta fundamental para se chegar à justa reprovação de um ilícito penal, o que lhe confere natureza de princípio a condicionar o poder punitivo do Estado.

Importante lembrar, nesta construção, que a doutrina se divide entre aqueles que compreendem o princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade e aqueles que distinguem os dois princípios. No segundo grupo, está Flávio Martins (2019, p. 404):

Embora alguns autores (e até mesmo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal) confundam esse princípio com a *proporcionalidade*, há diferenças substanciais, a começar pela própria origem do princípio. Trata-se de um princípio com origem na Suprema Corte norte-americana, derivado do princípio do *devido processo legal* (*due process of law*). Como lembra Daniel Sarmiento, ‘experiência paralela ocorreu nos Estados Unidos, com o desenvolvimento pela Suprema Corte do país, a partir de meados do século XIX, da ideia do devido processo legal substantivo, que pode ser associado à exigência de razoabilidade das normas e condutas estatais’ Segundo a teoria norte-americana, o *devido processo legal* teria duas modalidades: processual ou procedimental e material ou substantiva.

Enquanto o *devido processo legal processual* (*procedure due process of law*) consiste no conjunto de direitos e garantias aplicadas ao processo (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade etc.), o *devido processo legal substantivo ou material* (*substantive due process of law*) consiste na invalidade dos atos do poder público que não seja razoáveis

[...]

[...]. Diferentemente do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade tem origem no Tribunal Constitucional alemão, em julgado de 1971. Segundo Virgílio Afonso da Silva, ‘a regra das proporcionalidades no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. [...] Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que serão aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra de proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Em outra corrente, a considerar proporcionalidade e razoabilidade como princípios idênticos, está, por exemplo, Cleber Masson (2016, p. 11), cujas lições já ajudarão a tornear o princípio sob o prisma que se deseja:

[...]: De acordo com este princípio, também conhecido como **princípio da razoabilidade** ou da **convivência das liberdades públicas**, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em **atividade vantajosa** para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta. Sua origem remonta a Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215. Nos moldes atuais, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram a ideia de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores. O princípio da proporcionalidade funciona como **forte barreira impositiva de limites ao legislador**. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. Incide também na dosimetria da pena-base. Possui três destinatários: o **legislador (proporcionalidade abstrata)**, o **juiz da ação penal (proporcionalidade concreta)** e os **órgãos de execução penal (proporcionalidade executória)**. Modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sob uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em **proibição do excesso**, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a **proteção insuficiente de bens jurídicos**, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.

Com efeito, tem-se uma primeira ideia de que o princípio da proporcionalidade – considerada pelo autor como sinônimo do princípio da razoabilidade, o que não é unanimemente aceito – está como a fornecer uma moldura à criação de tipos penais (proporcionalidade abstrata), que apenas podem ser proporcionais se efetivamente protegerem bens jurídicos de elevada estima social e, neste ponto, permeia o princípio da intervenção mínima, especificamente quando se discute o processo de criminalização de condutas sob o enfoque da **necessidade de intervenção penal**, tendo a sanção penal como único meio eficaz à tutela do bem jurídico com dignidade penal.

Claro, também assiste razão ao autor, ao vincular a proporcionalidade com a aplicação da pena, condicionando a intervenção penal pela previsão (proporcionalidade abstrata), aplicação (proporcionalidade concreta) e execução da pena (proporcionalidade executória), vedando-se o excesso.

Ao lado da vedação ao excesso, entretanto, tem-se, ainda a vedação a uma proteção deficiente, de maneira que não se pode admitir que o Estado negligencie na sua tarefa de coibir a agressão a bens jurídicos de alta relevância para o corpo social. Há uma “obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente” (CUNHA, **Manual de direito penal**, 2020, p. 496).

Encontra-se, aqui, uma vetorização em sentido duplo ou ambivalente, também se reconhecendo por não proporcional a falha de proteção de bens jurídicos, seja pela não previsão de um delito, seja pela insuficiente medida de pena (na previsão legal ou na efetiva aplicação), ou mesmo pelo fato de a execução não refletir a necessidade do binômio retribuição/ressocialização.

Nesse contexto muito bem consigna Fernando Hugo Miranda Teles¹:

Conforme mencionado acima, os princípios são mandados de otimização e orientam o Poder Público nos fins e programas a serem perseguidos. Um desses princípios é chamado de Vedação à Proteção Deficiente. Sua origem vem também do direito alemão e do Princípio da Proporcionalidade.

Prossegue o autor lembrando, com André de Carvalho Ramos, que para o Direito Penal, um dos vieses da proporcionalidade, ao lado da proibição do excesso, está na proibição da insuficiência, que afasta leis e decisões judiciais que não protejam o direito “à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos os beneficiados pela prevenção geral da tutela penal”².

Arremata com as lições de Douglas Fischer, em seu garantismo penal integral:

Denominado de garantismo positivo (que, para nós, é indubitável ser aplicado também nas searas penal e processual penal), esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

(...)

Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *Untermassverbot* – é proporcional) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior³.

¹ TELES, Fernando Hugo Mranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União**: um estudo de caso. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso>. Acesso em: 3 abr. 2020.

² Idem..

³ PELELLA, E.; FISCHER, D.; CALABRICH, B. *apud* TELES, Fernando Hugo Mranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União**: um estudo de caso. Disponível em

A visão doutrinária, ademais, encontra eco na jurisprudência.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tome-se o *Habeas Corpus* n. 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENASIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENASIS.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A

tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha direta de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA (g.n.).

Também ecoa o princípio da proporcionalidade, em sua visão ambivalente, no Superior Tribunal Militar, a exemplo da Apelação n. 0000126-24.2014.7.11.0111, rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, j. 27/09/2018:

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ART. 290 DO CPM. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE POR MILITAR EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INTENSIDADE DO DOLO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO A QUO. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE. PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA. ELEVADA QUANTIDADE. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE. APELO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

1. Incorre no delito previsto no art. 290 do CPM o militar que for surpreendido portando substância vulgarmente conhecida como maconha, mormente quando o Laudo restar positivo para Cannabis sativa L. incluindo-se o tetrahydrocannabinol (THC), listados na Portaria nº 344/98, Lista E e F2, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

2. As circunstâncias judiciais se mostrarão desfavoráveis, com aptidão para majoração da reprimenda penal em patamar acima do mínimo legal, quando o Acusado fizer ameaças aos companheiros de farda, em razão da personalidade voltada para condutas criminosas, bem como do exacerbado quantitativo da droga encontrado em seu poder - 380 g (trezentos e oitenta gramas).

3. O quantum de aumento da pena, decorrente da avaliação negativa das circunstâncias previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, é realizado segundo a discricionariedade regrada do Juiz, após analisar todo o contexto do crime, de modo que deve ser privilegiado o seu entendimento se não for fixada a pena base em patamar nitidamente ínfimo ou, ao contrário, exacerbado, pois não há regras objetivas, critérios matemáticos, tampouco fração indicada na lei para incidir nessa fase.

4. O controle da legalidade e da constitucionalidade justifica a exasperação da pena aplicada quando estiver evidente a desproporcionalidade entre a lesão ao bem jurídico tutelado e a sua reprimenda fixada na Sentença condenatória.

5. Nesta Corte, firmou-se o entendimento de que não se pode vincular a "distribuição de entorpecente no Quartel à quantidade apreendida", porém a pena-base deve ser elevada em razão da quantidade apreendida. Nesse conspecto, o princípio da proporcionalidade, considerado de fundamental importância pelo Poder Judiciário, impõe não só a proibição do excesso, mas também da proteção deficiente. Precedentes do STF.

6. Em que pese o devido tratamento dado por esta Justiça ao "usuário" de substância entorpecente, no tocante ao "traficante", a mesma situação não se observa. Conforme se

pode observar do art. 290 do CPM, os atos de "vender, fornecer, ainda que gratuitamente" possuem o mesmo preceito secundário do "trazer consigo, ainda que para uso próprio" e demais verbos. Dessa forma, ausentes circunstâncias judiciais concretas desfavoráveis - que exasperem o próprio tipo penal -, o "traficante" será punido com o mesmo rigor do "usuário".

7. Apelo provido. Unanimidade (g.n.).

Inegável, assim, o fato de o princípio da proporcionalidade possuir essa dupla faceta, vedando o excesso, mas também exigindo uma adequada proteção da sociedade, em uma harmonia que deve ser perseguida em todos os momentos da persecução criminal. A importância do princípio da proporcionalidade, dessa forma, é exaltada, constituindo-se em fundamental ferramenta limitadora (negativa e positiva) na persecução penal.

Por fim, resta saber se o princípio da proporcionalidade possui assento constitucional e, nesse mister, propícias, novamente, as lições de Bitencourt (2010, p. 54):

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). [...].

Inegável, portanto, a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade, embora não encerrado em um único dispositivo, mas permeando – e, às vezes, fundindo-se – outros princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da isonomia etc.

Torneado o princípio da proporcionalidade em sua “via de duas mãos”, resta verificar se os dispositivos do Código Penal Militar, na sua expressão literal, atendem à vedação ao excesso e à proteção deficiente.

4 AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR QUE TRATAM DA FIXAÇÃO DA PENA

Na avaliação da proporcionalidade na aplicação da pena em Direito Penal Militar, destacam-se, inicialmente, os arts. 58, 76, 79 e 80 do Código Penal Militar.

O art. 58 do Código Penal Militar dispõe:

Mínimos e máximos genéricos

Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

Não há grande polêmica no art. 58, tratando apenas de uma técnica – nada ortodoxa, ressalte-se – de fixação de limites da pena para cada delito, quando o preceito secundário não trazer esses limites, o que se nota pela rubrica do artigo de “mínimos e máximos genéricos”, não mencionando fixação da pena, unificação e nem cumprimento.

Em outras palavras, o art. 58 do CPM distingue a reclusão da detenção pela estipulação de pena mínima e máxima, marcando a maior gravidade da primeira e dando uma ferramenta de início na aplicação da pena para o juiz (ou conselho de justiça) que será fundamental para limitar o primeiro e o segundo estágios do critério trifásico da aplicação, quando se fixa a pena-base, pelas circunstâncias judiciais (art. 69 do CPM); e a pena alterada, com a incidência das circunstâncias agravantes (arts. 70 e 53, § 2º do CPM) e atenuantes (art. 72 do CPM), momento em que os limites mínimo e máximo devem ser respeitados.

Exemplificativamente, no crime de “Desenho ou levantamento de plano ou planta de local militar ou de engenho de guerra”, do art. 147 do Código Penal Militar, a pena cominada no preceito secundário do tipo penal é de reclusão até 4 anos, não fixando, portanto, a pena mínima. Neste caso, deve-se aplicar o preceito do art. 58 para se chegar à pena mínima de 1 ano de reclusão, dando por limite, portanto, a pena de reclusão de 1 a 4 anos para esse delito.

Tranquila essa visão na doutrina.

A iniciar por Ênio Rossetto (2015, p. 124):

Nem sempre o Código Penal Militar comina pena mínima. No crime de furto simples, por exemplo, só há previsão de pena máxima de seis anos de reclusão, e o tempo de pena mínima é extraído do art. 58, no caso, um ano. O mesmo sucede com o delito de divulgação de segredo (art. 228), que tem cominada a pena de detenção até seis meses: o mínimo é de trinta dias.

Também a visão de Jorge César de Assis:

O dispositivo tem aplicação nos tipos penais em que não está prevista a pena mínima, fazendo-o somente com a pena máxima, como o furto simples, p. ex.: Pena – reclusão até seis anos – significa que o juiz não pode fixar a pena abaixo de 01 (um) ano de reclusão.

Tem-se, assim, a limitada aplicação do art. 58, que não afeta diretamente a possibilidade de, por exemplo, uma pena de reclusão ser fixada, em um caso concreto, na terceira fase de aplicação, acima de trinta anos e nem abaixo de um ano. Também não informa a execução da pena, de maneira que seus limites não são impostos a esse momento.

Pela simplicidade do art. 58 e sua limitada aplicação (direta), não há lesão à proporcionalidade, como aqui se desenhou. Nem mesmo há que se falar em uma proteção

deficiente, pois não está vinculado a uma reprovação a determinado delito, o que impede o sopesar entre gravidade de determinada conduta e resposta penal atribuída.

O próximo dispositivo a ser avaliado é o art. 76 do Código Penal Militar:

Majorantes e minorantes

Art. 76. Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58).

As majorantes ou minorantes incidem na terceira fase do critério trifásico, ou seja, o juiz já fixou a pena-base com arrimo nas circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, considerou as circunstâncias agravantes do art. 72 e as circunstâncias agravantes próprias do concurso de pessoas do art. 53, § 2º do mesmo Código, assim como as atenuantes do art. 72 do Código Castrense, respeitando os limites fixados no preceito secundário dos tipos penais que, às vezes, são complementados pelo art. 58 do CPM.

Agora, nas majorantes e minorantes, o magistrado não terá mais a amarra dos limites do preceito secundário, ou não teria, pois surge a indevida menção ao art. 58 do CPM, aplicado indiretamente. Pior, na péssima redação do art. 76, há ainda a menção de que elas são causas apenas especiais, afastando as causas gerais de aumento ou diminuição de pena.

Inicie-se a crítica por esta última impropriedade.

Referir-se apenas a causas especiais e não às causas gerais de aumento ou diminuição de pena fere o próprio conceito de majorantes e minorantes. Muito bem leciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 671):

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificativas da pena que o Código denomina *causas de aumento e de diminuição*, também conhecidas como *majorantes e minorantes*. As majorantes e as minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).

[...].

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes, e as atenuantes genéricas apresentam diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber:

a) *Em relação à colocação no Código Penal:*

1) As agravantes e as atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61, 62, 65 e 66). 2) As majorantes e as minorantes situam-se tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial, sendo que delas situam-se nos próprios tipos penais.

[...] (g.n.).

Evidentemente, as majorantes e minorantes não podem se limitar à Parte Especial do Código, mas isso não apenas em função das lições doutrinárias, aqui exemplificadas por

Bitencourt – que, aliás, referem-se ao Código Penal comum –, mas também em função da necessária observância ao princípio da proporcionalidade, o que se esclarece com um exemplo de minorante, que, certamente, não encontrará resistência por encerrar a vedação ao excesso.

No caso da tentativa, o Código Penal Militar possibilita a punição do fato com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, embora também possua a discutível previsão de que o juiz, no caso de excepcional gravidade, poderá aplicar a pena do crime consumado (art. 30, parágrafo único, CPM), em sinal de adoção da teoria subjetivo-objetiva a fundamentar a punição da tentativa (NUCCI, 2013, p. 67-8).

Não considerar a tentativa como uma minorante, apenas por estar na Parte Geral do Código Penal Militar, como indica a literalidade do art. 76, é negar a possibilidade de ela permitir, em terceira fase, a aplicação final da pena aquém do limite mínimo fixado no preceito secundário do tipo penal, o que se mostra excessivo, portanto, desproporcional.

Assim, em um crime de furto tentado, em que a primeira e a segunda fases resultassem na fixação da pena mínima, pela aplicação literal do art. 76, não se poderia falar em minorante e a pena definitiva não poderia ficar abaixo de um ano de reclusão, em evidente excesso na resposta penal e, claro, afronta à individualização da pena e à isonomia, como já se sustentou alhures⁴.

A outra impropriedade no art. 76 está justamente na assimilação dos limites do art. 58 do CPM para condicionar a influência das majorantes e minorantes, o que se extrai do trecho “senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58)”.

Pela literalidade, portanto, ao fixar a pena final, definitiva, o juiz (ou conselho de justiça) não poderia aplicar reclusão aquém de um ano e nem além de trinta anos, como também não poderia aplicar detenção aquém de trinta dias e nem além de dez anos.

Aproveitando o mesmo exemplo da tentativa, em um homicídio simples, na forma tentada, considerando a pena fixada no preceito secundário (reclusão de seis a vinte anos), a pena-base e a pena alterada não poderiam ficar abaixo de seis anos de reclusão, mas também – ainda que se admitisse que o art. 76 abarca as causas de diminuição de pena da Parte Geral, discussão acima travada –, aplicando-se a primeira parte do parágrafo único do art. 30 em conjugação com a parte final do art. 76, não poderia o juiz (ou conselho de justiça), numa tentativa incruenta, reduzir a pena em dois terços e chegar à pena final de dois anos de reclusão.

⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. **Revista Justiça Militar & Memória**: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: <https://www.tjmrs.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html>.

Em outro exemplo, agora evidenciando o déficit de proteção (proteção deficiente) que essa regra pode conduzir, no crime de violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), imagine-se que, por mais improvável que possa ser, a pena-base e alterada conduziram a um *quantum* de 30 anos de reclusão, mas ainda seja necessário, em terceira fase, o acréscimo fracionário de um sexto, pelo fato de o crime ter sido praticado em serviço (art. 157, § 5º, do CPM). Neste caso, o juiz (ou conselho de justiça) estaria limitado aos 30 anos, por força da parte final do art. 76 do CPM.

Evidente a lesão ao princípio da proporcionalidade.

Melhor sorte não teve o dispositivo que trata do concurso de crimes, no art. 79 do CPM:

Concurso de crimes

Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

Mais uma vez, a referência imprópria ao art. 58 confunde e, pior, leva à regra desproporcional.

Em um caso, por exemplo, de homicídios em concurso de crimes, em que um militar mata dolosamente três outros militares, colocando uma bomba na viatura que sairá no dia seguinte, fato de que o autor tem ciência por escala de serviço em que a guarnição estava vinculada à viatura, portanto o agente sabia e queria matar o trio, a pena dessa condenação deverá ser única. Essa pena unificada, pela regra da primeira parte do art. 79 do Código Penal Militar, será fruto da soma dos três homicídios (cúmulo material), ou seja, como houve o emprego de explosivo qualificando o delito (art. 205, § 2º, III, do CPM), ainda que atribuindo a pena mínima a cada delito (doze anos), a unificação alcançaria o total de trinta e seis anos de reclusão.

Entretanto, vem a parte final do art. 79 e surpreende com a absurda restrição do art. 58 (“ressalvado o disposto no art. 58”), o que levaria a pena única a ficar no limite de trinta anos de reclusão.

Caso o exemplo não tenha comovido no sentido de evidenciar o déficit de proteção, imagine-se, então, que a bomba tenha sido colocada em um ônibus que, no dia seguinte, levaria 45 militares a um desfile em comemoração ao Dia da Independência.

Evidente que a fixação da pena neste caso não pode conhecer os limites do art. 58 do Código Penal Militar, havendo clara agressão à proporcionalidade.

Na modalidade de crime continuado, por fim, a regra – e também a crítica – é a mesma, pois o art. 80 do CPM, ao tratar do crime continuado, utiliza a mesma unificação de pena do art. 79. Ademais, há corrente que entende aplicável a regra do Código Penal comum. Nesse sentido, Alves-Marreiros, Rocha e Freitas dispõem (2015, p. 912):

Diferentemente do Código Penal brasileiro que acolhe o critério da exasperação nos casos de continuidade delitiva, o Código Penal Militar vale-se do critério do cúmulo material, concedendo, assim, ao crime continuado, o mesmo tratamento destinado aos concursos material e formal de crimes. Tal orientação legal, porém, sempre se deparou com forte resistência da parte do Superior Tribunal Militar. Este tribunal, muito embora com fundamentos diversos, tem repellido ao longo dos anos a aplicação do art. 80 do CPM no que diz respeito ao crime continuado, optando por basear-se no art. 71 do CP comum, a despeito do princípio da especialidade [...].

Os dispositivos acima indicados não tratam, evidentemente, de regra de cumprimento da pena (execução), mas de regra de aplicação da pena, quando da sessão de julgamento.

Claramente, entretanto, tendo por patamar máximo de aplicação de pena o de 30 anos de reclusão, obviamente, o cumprimento da pena nunca será superior a esse tempo. A reboque, os benefícios possíveis na execução penal, especialmente o livramento condicional e progressão de regimes – este, frise-se, aplicado na Justiça Militar da União por construção jurisprudencial e que também sofreu alteração no Direito Penal comum pela nova redação que o Pacote Anticrime deu ao art. 112 da Lei de Execução Penal, abordagem que merece trabalho apartado – serão calculados em relação ao limite máximo encerrado pelo art. 58 do Código Penal Militar, em uma nova afronta à proporcionalidade, desta vez na execução da pena, como verdadeiro ricochete da primeira afronta.

Diante do exposto, até este ponto, conclusão outra não há, senão a necessidade de se reconhecer a não recepção da parte final dos arts. 76 e 79 do Código Penal Militar – com reflexo no art. 80 do mesmo Código –, à luz do princípio da proporcionalidade – que possui assento constitucional, repise-se –, não se aplicando, em consequência, o limite do art. 58 na terceira fase de aplicação da pena, quando da incidência das majorantes e minorantes; e na unificação da pena no concurso de crimes, material e formal, e no crime continuado.

A pena atribuída ao crime, em nome da proporcionalidade, poderá ficar aquém ou além dos limites mínimo e máximo, e os benefícios de execução serão calculados com o parâmetro dessa pena aplicada. Neste ponto, o juiz (ou Conselho de Justiça) sairá da moldura legal, em nome da proporcionalidade, aliás, na linha do que lembra Paulo Bonavides. O autor (2019, p. 407-8), identificando uma nova conformação do Estado de Direito – em oposição a uma ultrapassada concepção de mera vinculação ao princípio da legalidade, cujo apogeu foi o direito positivo da Constituição Weimar –, segundo a qual o princípio da constitucionalidade tornou o

respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica, indica que o princípio da proporcionalidade “produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes”.

Guarda-se, todavia, que não se discutiu, ainda, o limite para o cumprimento da pena, bem como não se enfrentou se a alteração do Pacote Anticrime trouxe reflexos ao Direito Penal Militar, o que ocorrerá na sequência.

5 O ART. 81 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E ART. 75 DO CÓDIGO PENAL COMUM

O Código Penal Militar possui dispositivo que trata do limite de cumprimento da pena? Esta deve ser a primeira indagação.

A responder essa questão, entra-se no polêmico art. 81 do CPM, com a regra, pela rubrica, limitadora da pena unificada:

Limite da pena unificada

Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.

Eis mais uma péssima redação da lei penal militar!

Note-se que, diferentemente do que se tem no Código Penal comum, no já transcrito art. 75, o dispositivo do Código Castrense não menciona cumprimento da pena privativa de liberdade, mas “limite da pena unificada”, na rubrica, quando melhor seria “limite de cumprimento da pena unificada”.

Entretanto, prevalece a compreensão de que o art. 81 diz respeito à execução penal e não à fixação da pena. Nessa linha está, por exemplo, Ênio Rossetto (2015, p. 388):

A unificação em 30 anos é apenas para efeito de cumprimento de pena. A CF impede a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*). A pena privativa de liberdade é por tempo determinado. Para a concessão de benefícios legais é levada em conta a pena total aplicada ao condenado. [...].

Segue a mesma linha Jorge César de Assis (2017, p. 352), ao comentar o artigo em análise, sustentando que ele se aplica na fase de execução penal, não no momento da condenação, por exemplo, no concurso de crimes ou no crime continuado. Para o autor:

Há um pressuposto lógico de diversidade de processos, antes do início ou durante o cumprimento da pena, cabendo ao juiz encarregado da execução a unificação das penas (CPPM, art. 588). Exemplos:

- a) O militar comete dois crimes de homicídio qualificado, sendo condenado respectivamente, a pena de 18 e 23 anos de reclusão, antes do início da execução. Assim, o total das penas importará em 41 anos de reclusão, que serão unificadas, para serem cumpridas em 30 anos.
- b) Suponha agora que o militar tivesse cometido dois crimes de homicídio simples, excluído o concurso e a continuidade delitiva, sendo condenado respectivamente a 07 e 10 anos de reclusão. A pena unificada será de 17 anos.
- c) O militar comete dois crimes de embriaguez em serviço, sendo condenado em cada caso, a dois anos de detenção. Ainda antes do início do cumprimento da pena, comete incêndio culposo, sendo condenado a mais dois anos de detenção. A pena unificada será de 06 anos de detenção.
- d) Se o militar já estiver cumprindo pena de trinta anos de reclusão, vem a cometer novo delito, sendo outra vez condenado, o restante da pena anterior deve ser acrescido à nova pena, de forma a não ultrapassar os trinta anos. Se, dos trinta anos já houvesse cumprido vinte e, se condenado novamente a vinte anos, teria que cumprir a segunda pena de forma integral: $30-20=10+20=30$. Idêntico raciocínio se faz em relação às penas de detenção.

Embora coerente a visão dos autores, não há evidência clara de que o art. 81 não se aplique no momento da condenação à pena privativa de liberdade, restringindo-se ao momento da execução da pena, mas, ao contrário, é possível inferir que ele está a abarcar a aplicação da pena, já que o seu § 1º se refere expressamente ao crime continuado, o que resgata o instante da condenação.

Há um ponto, entretanto, do qual se pode extrair que o art. 81 diz respeito ao cumprimento da pena, embora ainda obscuro, dando respaldo aos autores citados. Ele está na distinção do limite máximo de pena de detenção do art. 58 – replicado na aplicação da pena, como se viu – do limite máximo da detenção aqui, no art. 81. No art. 58, o limite máximo é de 10 anos, enquanto no art. 81 é fixado em 15 anos. Isso leva à conclusão de que os artigos não tratam do mesmo momento, ou não poderiam divergir, sob pena de uma regra invalidar a outra.

Assim, tem-se por premissa que os já discutidos arts. 76 e 79 – e, por arrasto, o art. 80 – são utilizados no momento da aplicação da pena, enquanto o art. 81, embora não deixe claro, aplica-se como limite de cumprimento de pena.

Surge aqui, portanto, a disparidade entre Código Penal Militar e Código Penal comum, que se evidencia no quadro seguinte:

QUADRO COMPARATIVO DO LIMITE DE CUMPRIMENTO DE PENA	
COM	CP
<p style="text-align: center;">Limite da pena unificada</p> <p>Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.</p>	<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.</p> <p>§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>

Além da distinção do tempo máximo, forçoso destacar que no Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal comum, há a distribuição pela qualidade de pena, distinguindo-se um tempo para a reclusão (30 anos) e outro para a detenção (15 anos).

Embora seja o exemplo de difícil concepção, imaginando que um condenado a vários crimes à pena de detenção tenha, na pena unificada a ser cumprida, 20 anos. No Direito Penal comum seria possível cumprir os 20 anos, pois o limite é de 40 anos de pena privativa de liberdade (não importando se reclusão ou detenção); no Direito Penal Militar, cumpriria apenas 15 anos, limite máximo para o cumprimento da pena de detenção.

Mas, voltando à discussão sobre a influência do novo art. 75 do CP, é possível vislumbrar três posições:

- a) especialidade do Direito Castrense com limite de 45 anos de cumprimento de pena;
- b) especialidade do Direito Castrense com a manutenção dos limites do art. 81;
- c) revogação tácita do art. 81 do CPM pelo art. 75 do CP.

Na primeira corrente, a base é o raciocínio de Jorge César de Assis (2017, p. 353):

Há que se considerar, entretanto, que o Código de Processo Penal Militar trata a matéria de forma mais severa que a legislação comum, visto que enquanto o Código Penal comum estabelece em seu art. 75, *caput*, que o ‘tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (incluindo na unificação tanto a reclusão como a detenção), o código castrense trata, no art. 81, as espécies de reclusão e detenção de forma distinta, estabelecendo limites de 30 e 15 anos na execução, o que permite um total de 45 anos para o cumprimento de penas privativas de liberdade, visto

que de acordo com o art. 599 do Código de Processo Penal Militar, se impostas penas privativas de liberdade, será executada primeiro a de reclusão e depois a de detenção”.

O limite de cumprimento de pena, assim, seria o de 45 anos, mas respeitadas as qualidades da pena, ou seja, não seria possível, ainda assim, o cumprimento de reclusão de 40 anos, limitada que está pelo art. 81 aos 30 anos.

A segunda posição, mais simples de explicar, parte do pressuposto de que o legislador tem suas opções de política criminal em cada sistema de repressão, sendo evidente que, ao não alterar o art. 81 do Código Penal Militar, não trouxe a possibilidade de cumprimento de pena por até 40 anos.

Por fim, qual ocorreu com a Lei de Migração, surgirá a vertente de que a Lei n. 13.964/19, ao alterar o art. 75 do CP, revogou tacitamente o art. 81 do Código Penal Militar, permitido que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas até o limite máximo de 40 anos, sem distinção de reclusão ou detenção.

Avaliando as três possibilidades, de pronto, afasta-se a revogação tácita do art. 81 do CPM pela Lei n. 13.964/2019. Embora sedutora, essa possibilidade não encontra respaldo nos postulados do Direito Penal contemporâneo, bastando enumerar dois principais: a especialidade e a vedação à analogia *in malam partem*.

No primeiro caso, é evidente a especialidade do Direito Penal Militar em relação ao Direito Penal comum, pois, desde 1969, a distribuição do limite de cumprimento de pena está atrelada à qualidade de pena, o que não ocorre no Código Penal comum. Assim, especial é a previsão do Código Penal Militar, prevalecendo diante da nova redação do art. 75 do CP.

Não é novidade a prevalência da norma penal militar em relação à comum, em homenagem ao princípio da especialidade, malgrado existam exceções.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há a visão corrente sobre o choque do art. 290 do CPM com a Lei n. 11.343/2006, no sentido da prevalência da lei castrense, desde o paradigmático Habeas Corpus n. 103.684/DF, com relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 21/10/2010, o que se reverbera até a presente data. Em outros temas também há a visão corrente pela especialidade, inclusive no que concerne às penas, como se verifica no seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMUM. IMPOSSIBILIDADE.

1. As instâncias de origem, soberanas na análise da prova, afastaram a alegação de que o paciente teria agido em estado de necessidade. Nessas condições, eventual acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via processualmente restrita do habeas corpus.

2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de, na hipótese de crime de competência da justiça militar, somente a falta de um

regramento específico em sentido contrário é que possibilitaria a aplicação da legislação comum”, dada a impossibilidade de se mesclar o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis” (HC 105.925, Rel. Min. Ayres Britto). Caso em que a existência de regramento específico no âmbito da legislação militar (art. 59 do CPM) impossibilita o acolhimento da tese veiculada na impetração.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, AgR HC n. 158.263/PA, rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018) (g.n.).

Assim, apenas quando não houver regramento próprio no Código Penal Militar – seja pela pura omissão ou pela evidente inconstitucionalidade do dispositivo existente – é que se deve buscar a norma de Direito Penal comum a integrar o Direito Castrense.

O outro evidente limite à tese da revogação tácita está na vedação à analogia *in malam partem*.

A analogia consiste em um processo de integração da lei penal no qual há a criação de uma norma penal onde, originariamente, não existe – frise-se, que não é o caso da discussão em curso, por existir o art. 81 do COM –, isso com base em uma previsão análoga do próprio sistema em curso, ou de um sistema exógeno, podendo até mesmo ser estrangeiro. A analogia, como se sabe, não pode ser admitida *in malam partem*, mas apenas *in bonam partem*, ou seja, não se deve utilizar da analogia para piorar a situação do imputado, investigado, indiciado, réu ou condenado.

Assim, elevar o cumprimento de pena para 40 anos no Código Penal Militar, com base no art. 75 do COM, não é possível, seja pela observância à especialidade, ao se considerar que o art. 81 possui regra própria, seja – em não se considerando o art. 81 como regra de cumprimento de pena – por vedação à analogia *in malam partem*.

Restam, assim, as duas correntes que prestigiam o Direito Castrense.

A visão suscitada por Jorge César de Assis não parece adequada, com o devido respeito.

Em primeiro lugar, o art. 599 do Código de Processo Penal Militar não está a cancelar, com seu texto, o tempo de cumprimento de 45 anos, mas apenas atribui uma ordem de cumprimento das penas, que deve ser iniciada pela mais rígida. Em segundo lugar, mas não menos importante, o limite de cumprimento trata de norma de direito material e não processual, devendo prevalecer, em eventual choque, a norma que encerra um direito público subjetivo do condenado, ou seja, o art. 81 do Código Penal Militar.

Como argumento adicional, embora o art. 75 do CP não tenha revogado o CPM, parece correto entender que ele estabeleceu uma nova realidade no Direito Penal brasileiro como um todo, qual seja, a de fixar um limite máximo de pena no Brasil sem que isso importe em similar

pena de caráter perpétuo. Resgatando as lições de Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17), se o limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo, prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República, diante do aumento de expectativa de vida do brasileiro, é coerente entender que esse limite informa a todo o direito penal como limite máximo possível a ser previsto pelas normas de Direito Penal em geral, consagrando-se, aqui, um efeito expansivo na tutela do direito na não perecer no cárcere por toda uma vida, em homenagem ao princípio da máxima efetividade.

Tem-se, assim, que a lei penal brasileira, ainda que especial, como o é o Código Penal Militar, poderá fixar, por questões de política criminal, entre outras, limite de cumprimento de pena aquém de 40 anos, mas nunca além desse parâmetro.

Assim, embora o peso da pena de quem a defende, descarta-se a possibilidade de tempo máximo de cumprimento de pena em 45 anos no Direito Militar.

Todo esse giro conduz, então, à visão que exalta a manutenção da regra específica do art. 81 do Código Penal Militar, podendo-se afirmar, que o tempo máximo de cumprimento de pena na execução penal militar é de 30 anos para reclusão e de 15 anos para detenção. O novo art. 75 do Código Penal comum não alterou a realidade do Direito Castrense, senão para servir de parâmetro para futura alteração; isso, frise-se, não só no Direito Penal Militar, mas no Direito Penal brasileiro.

Mas há que se fazer uma observação prática sobre esta discussão, em dois lances.

Primeiro, raríssimas são as condenações na Justiça Militar, especialmente da União, que ultrapassem 30 anos de reclusão ou 10 de detenção, daí surgindo, talvez, o pouca reflexão sobre o tema.

Segundo, no Direito Militar o cumprimento da pena do civil – obviamente na Justiça Militar da União – ocorre em estabelecimento penal comum, nos termos do art. 62 do Código Penal Militar, o que possibilita, ao menos em tese, que o juiz da execução criminal – na Justiça Comum – siga a regra do art. 75 do CP, em eventual unificação de pena. O mesmo pode acontecer com o ex-militar que tenha a execução da pena já como civil, em função da perda da condição de militar por qualquer via, como o licenciamento.

6 CONCLUSÃO

A aplicação da pena e sua execução são estágios sensíveis da persecução criminal, em que se deve ter em conta a proporcionalidade da resposta penal, de modo a constituí-la em adequada, sem configurar excesso ou déficit de proteção.

Nesse caminho, os dispositivos do Código Penal Militar que tratam da aplicação da pena, especialmente os arts. 76 e 79, ao vincularem o magistrado aos limites do art. 58 do mesmo Código, importam em uma amarra que fará com que a sentença, muitas vezes avilte o princípio da proporcionalidade, seja fomentando o excesso – como no caso da tentativa –, seja importando em resposta insuficiente à gravidade do delito – como no caso da unificação da pena no concurso de crimes.

Esses dispositivos, em conclusão, foram recepcionados em parte pela Constituição Federal – afastando-se os limites do art. 58 do CPM –, à luz do princípio da proporcionalidade, que reflete outros vetores de suma importância, como o princípio da individualização da pena e da isonomia, e, até mesmo, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Em outro caminho, tem-se que o Código Penal Militar possui regra própria para o cumprimento da pena em seu art. 81, de maneira que a nova redação do art. 75 do Código Penal comum não importou em revogação da norma penal militar. Assim, o limite para o cumprimento da pena de reclusão continua a ser de 30 anos e de detenção 15 anos.

O único efeito enxergado, no novo art. 75 do CP, é de constituir um parâmetro regulatório para a vedação à pena de caráter perpétuo no Direito Penal brasileiro, o que inclui o Direito Penal Militar, valendo dizer que, em eventual futura alteração do Código Penal Militar, o limite de cumprimento de pena privativa de liberdade deverá ser, no máximo, de 40 anos.

Estas impressões, obviamente, não estão imunes a críticas que, inclusive, serão muito bem-vindas, com o fito de aprimorar o raciocínio e fazer com que o Direito Castrense seja cada vez mais fiel ao seu propósito de tutelar os bens jurídicos mais caros aos indivíduos que integram as Instituições Militares, a essas Instituições, à Justiça Militar e ao Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Forense, 2004.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. *Revista Justiça Militar & Memória: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul*, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: <https://www.tjmrs.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html>

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2013.

ROSSETTO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SOUZA, Renee do Ó; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A Lei 13.964/2019 e as modificações no Código Penal. *Lei Anticrime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. *Direito militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

TELES, Fernando Hugo Miranda. *Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso> . Acesso em: 3 abr. 2020.