

A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos

Carlos Frederico de Oliveira Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Palestra proferida no “Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar” e publicada na página da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, no endereço http://www.direito.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=688:texto-sobre-a-lei-n-13-491-de-13-de-outubro-de-2017-e-os-crimes-hediondos&catid=86&Itemid=408&lang=pt

Recentemente foi editada a Lei 13.491/17, que ampliou consideravelmente a definição de crimes militares. Vamos traçar alguns pontos polêmicos sobre a aplicação da lei de crimes hediondos como crimes militares. A não extensão dos reflexos da lei de crimes hediondos no âmbito do CPM é um dos melhores exemplos da omissão do legislador em adaptar a legislação penal militar ao restante da ordem jurídica do país, inércia que foi corrigida agora neste e em outros temas. Mas antes convém ressaltar alguns pontos polêmicos envolvendo sucessão de leis e concurso aparente de normas, em face da vigência da Lei 13.491/17.

A ampliação do conceito de crime militar para alcançar nas hipóteses do artigo 9º, II, do CPM – crimes com definição idêntica à legislação penal comum e tipos do sistema comum não constantes da legislação penal militar – foi das mais acertadas. Além de alcançar crimes que não constam do CPM, a nova redação, quanto ao item II do artigo 9º, também se refere aos crimes com definição idêntica. Por interpretação lógica, deles está cuidando também, na medida em que foi mantido íntegro o inciso I, que trata dos

crimes previstos no CPM com definição diversa. Mas a inovação legislativa foi além e criou uma cláusula de permanente atualização da definição de crime militar impróprio, para fazer incorporar no seu alcance a legislação penal como um todo. A decisão foi acertadíssima. *O que realmente importa a caracterizar o comportamento como crime militar, nas situações do artigo 9º, II, não é exatamente o tipo incriminador, mas as próprias situações definidas nessa norma de extensão.* São as situações da norma de extensão do artigo 9º que definem o que realmente é atentatório à hierarquia e à disciplina militar. E os tipos do CPM refletem apenas parcialmente a essência dos atos atentatórios aos princípios basilares de funcionamento de qualquer organização militar.

De fato, não tinha o menor sentido que o inciso II se restringisse às hipóteses de crimes no CPM com redação idêntica à lei penal comum. Os crimes previstos na lei penal comum, mesmo que inexistentes no CPM, atingem a hierarquia e a disciplina militar da mesma forma que os definidos de forma idêntica nos dois sistemas quando a situação fática se enquadra na norma de extensão do referido inciso II. Em que medida, por exemplo, uma lesão corporal praticada por um militar em situação de atividade contra outro na mesma situação, fato que pode até acontecer fora da caserna, afeta mais os princípios que regem a vida militar do que um infanticídio praticado por uma mulher militar no interior de um aquartelamento, que agora é crime militar à luz da nova redação do artigo 9º, II, b, c/c o artigo 123 do CP? Sinceramente, esta última situação é até mais grave. Na verdade, como bem disse o Procurador da República Douglas Araújo, a inovação legislativa criou uma nova figura jurídica: o crime militar por equiparação à legislação penal comum.

Esse exemplo simples demonstra a necessidade e urgência da mudança, a começar porque, à época da edição do CPM, 1969, não tínhamos mulheres nos quadros das forças militares. E a isso se agregue o enorme distanciamento da legislação penal militar em relação à comum, em uma desatualização impossível de ser combatida. Reforma nenhuma do CPM poderia mantê-lo atualizado frente ao restante da legislação penal brasileira. Aliás, a manutenção fiel de dois códigos só se justificava quando a legislação

penal do país praticamente se restringia aos dois códigos, sendo certo que pouco mudava o CP comum. Nem uma coisa nem outra hoje em dia. O CP comum passou por alterações imensas, bem como, por força da modernização das relações sociais e surgimento de novos bens jurídicos, inúmeras leis penais especiais foram editadas, todas à margem da legislação penal militar.

A desatualização da legislação penal militar, na verdade, do ponto de vista da criminalidade astuta, é um verdadeiro convite à corrupção no meio militar. Do ponto de vista da criminalidade violenta, chega ao absurdo de a legislação penal comum melhor proteger o militar do que a própria legislação penal militar, que sequer prevê crime hediondo. Antes da ampliação do conceito de crime militar de que se cuida, matar um militar do EB em Operação de GLO era, perante o CPB, crime de homicídio qualificado, conforme qualificadora criada em 2016, artigo 121, § 3º, VII, e crime hediondo. No CPM sequer existe essa qualificadora. Trata-se de verdadeiro caso de inconstitucionalidade por deficiência da proteção normativa em direitos humanos. Quer dizer, antes da edição da Lei nº 13.491/17, matar em uma operação de GLO um PM ou um militar do EB era crime de homicídio qualificado e, portanto, hediondo, porém, em vista do CPM, era crime de homicídio simples.

Esse despropósito foi corrigido. Por força da nova redação do inciso II do artigo 9º ingressam no conceito de crime militar, entre outros tipos, os crimes hediondos, o que poderia ter sido feito há muito tempo com uma simples alteração na redação da Lei 8.072/90. Agora essa tarefa não é mais necessária, por força da revogação tácita, como também ficarão incorporados ao conceito de crime militar qualquer outra alteração na referida lei, desde que o fato tenha enquadramento na norma de extensão do artigo 9º.

A ampliação do conceito de crime impropriamente militar também está adequada ao nosso modelo de Justiça Militar, com características absolutamente próprias e não encontradas em qualquer outro lugar do mundo. A Justiça Militar da União, na verdade, é uma variante da Justiça Federal, e isso fica claro até mesmo na redação do inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, ao tratar da competência material da Justiça Federal. Em todo crime

militar da competência da JMU subjaz um interesse federal. A JMU tem função tutelar. Diferentemente do que se vê em outros lugares, grande parte dos profissionais que nela atuam são civis. É por essa natureza tutelar que decorre a sua competência para julgar civis, ao contrário da Justiça Militar Estadual, que tem função eminentemente repressiva. A invocação constante de regras internacionais para limitar a sua atuação não tem o menor cabimento. Aliás, se as Justiças Militares mundo afora seguissem o modelo de funcionamento e organização da Justiça Militar brasileira, provavelmente não existiria tanta preocupação internacional sobre a sua existência, atuação e competência.

Mas vejamos o impacto da aplicação da lei de crimes hediondos nesse novo sistema.

Ao trazer para o âmbito do CPM os crimes comuns quando a situação fática se enquadrar na norma de extensão do artigo 9º, II, do CPM, com a Lei 13.491/17 aconteceram as seguintes situações: foram introduzidos novos tipos, ou nada se inovou frente a tipos com redação idêntica na legislação militar, ou ainda tornou mais grave a resposta penal para crimes do CPM com definição idêntica aos previstos na lei penal comum, ou mesmo atenuou-se a resposta penal para essa hipótese. Em cada situação dessa vislumbra-se reflexos de sucessão de leis no tempo e aplicação imediata da competência castrense. Vejamos essas situações no tempo. Teremos como referência a data da vigência da Lei 13.491/17, a data da vigência do CPM, do CPB, como também de suas alterações e das leis penais especiais.

A aplicação imediata da competência vai acontecer em todas as hipóteses acima. O que poderá variar é a observância da ultratividade ou retroatividade da lei penal mais benéfica.

Como aplicação imediata da competência castrense em relação a crimes inexistentes no CPM, cite-se, por exemplo, a ampliação da tutela penal com relação à mulher militar, por exemplo. Agora passa a existir tipos que podem ser enquadrados como crimes militares, como, por exemplo, o assédio sexual. Se um fato, mesmo anterior à edição da Lei 13.491/17, estiver sendo processado por esta prática delitiva no âmbito da justiça comum, em hipótese enquadrada no artigo 9º, II, é de direito que haja a declinação de competência

em favor da Justiça Militar. Fatos, ainda que anteriores, que não foram objeto de repressão, podem agora ser objeto de denúncia por parte do MPM. Não existe aí qualquer ofensa ao princípio da legalidade, porquanto não houve criação do tipo incriminador, ou seja, não houve descontinuidade típica. Esta já existia. Simplesmente alterou-se o órgão da Justiça Federal competente para julgá-lo, deslocando-se o caso da Vara da Justiça Federal comum, para a Vara da Justiça Militar Federal, ou seja, a Auditoria da Justiça Militar. O raciocínio é o mesmo para a Justiça Militar Estadual. Ou seja, a assimilação como crime militar de tipos até então desconhecidos da legislação penal castrense implicou na competência de análise desses crimes. *Se estiverem sendo processados perante a justiça comum, deve haver declinação de competência, sob pena de nulidade da sentença.*

Como o conceito de crime militar envolve também competência, a aplicação imediata da competência castrense às hipóteses da nova redação do artigo 9º, II, pode acontecer mesmo que se observe no caso ter havido revogação tácita do preceito incriminador penal militar pelo penal comum. A revogação tácita pode acontecer com o ingresso no sistema penal militar de novos tipos da legislação penal comum com redação idêntica aos crimes militares ou por mudança total do sistema de incriminação.

Art. 2

o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Pouco importa que os tipos da legislação penal comum tenham pena maior ou menor que os seus equivalentes. Essa diferenciação valorativa poderá, como dito, gerar ultratividade da lei penal mais benéfica ou retroatividade, daí porque é importante considerar os marcos temporais citados.

Vejamos o caso de assimilação da legislação penal comum através da nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM quando mantiver vigente o

crime militar com redação idêntica. Por exemplo, nos crimes contra a honra. A calúnia, prevista no artigo 214 do CPM, prevalece sobre o artigo 138 do CPB, tendo em vista que o CPM entrou em vigência em 1969, enquanto o tipo equivalente no CPB não sofreu nenhuma alteração desde a vigência do CPB, que é de 1941. Porém, na mesma tutela contra a honra, houve criação de incriminação nova após 1969. Por exemplo, com a edição da Lei 13.491/17, houve incorporação automática como crime militar da injúria praticada com utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. O mesmo se diga em relação à lesão corporal em contexto de violência doméstica, § 9º do artigo 129 do CPB, introduzido pela Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Sem dúvida, esta última hipótese é muito difícil de se vislumbrar, mas agora, abstratamente, é possível caracterizar como crime militar.

Então, podemos concluir que quando a assimilação da legislação penal comum não implicar em *novatio legis*, a análise sobre a norma aplicável ao caso, frente à nova redação do artigo 9º, II, deverá considerar, no tempo, a entrada em vigência do CPM, em 1969, frente à vigência do CPB, em 1941, de suas alterações ou da vigência de leis penais especiais. Essa conclusão se impõe mesmo se a punição for diferenciada. Por exemplo, a presença da pena de multa cumulada torna o tipo incriminador da lei penal comum mais grave, mas não altera a conclusão acima, pois existe tipo equivalente no CPM (calúnia), prevalecendo sobre o equivalente no CPB, por ser lei posterior.

Situação diversa é quando houver alteração da pena, ou, de qualquer forma, alterar a resposta penal, tornando o tipo mais grave ou não após 1969. Nesses casos, realmente poderá haver ultratividade ou retroatividade da lei mais benéfica, seja do tipo previsto no CPM ou da legislação penal comum, embora as hipóteses todas de alteração observadas sejam da lei penal comum. Como lei mais benéfica, caso que poderá gerar imensa reflexão é, agora, a possibilidade de se aplicar a Lei 9.099/95, a nosso sentir, indiscutivelmente para crimes com definição idêntica à legislação penal comum, ou quando tipos dessa legislação não existentes no sistema penal militar forem aplicados como crime militar. A restrição de aplicação da Lei 9.099/95 só poderia ser

admitida em face das hipóteses do artigo 9º, I, do CPM. Este tema sozinho já demanda debate intenso.

Se houver alteração do preceito incriminador, fatalmente haverá revogação do tipo semelhante no CPM. E aí a situação deve também ser vista dentro do quadro de retroatividade ou ultratividade da lei penal mais benéfica em relação aos fatos que possam sofrer a influência dos dois sistemas legislativos penais.

No caso de crimes de entorpecentes, considerando a causa de aumento de pena do artigo 40, III, da Lei 11.343/06, ou seja, quando a *infração tiver sido cometida nas dependências de ...unidades militares...*, sendo essa hipótese elementar do próprio artigo 290 do CPM – em lugar sujeito à administração militar – é inequívoco que, pelo menos, houve revogação tácita do tráfico do sistema penal militar.

Outro exemplo que poderíamos citar são os crimes sexuais. Os crimes sexuais passaram por profundas alterações em 2005 e 2009 no CPB. Com a edição da Lei 12.015/09, e considerando a assimilação dos crimes comuns promovida pela Lei 13.491/17, não tem como considerar-se em vigência os crimes sexuais no CPM a partir da assimilação dos tipos do CPB. Segundo o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A Lei 12.015/09, sem dúvida reformulou totalmente o sistema punitivo em relação aos crimes sexuais. Assim o fazendo, revogou as situações de presunção de violência previstas no artigo 224 do CPB, e, portanto, tacitamente, acabou revogando o artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos. Com a assimilação da legislação penal comum, acabou reformulando totalmente os crimes sexuais também no CPM.

No capítulo dos crimes sexuais, tanto ocorreu *abolitio criminis*, como o surgimento de novos tipos incriminadores. Por exemplo, em relação ao crime de corrupção de menores do artigo 234 do CPM, operou-se *abolitio criminis* a produzir todos os seus efeitos de retroatividade de lei benéfica. No entanto, modificações tornando a resposta mais grave aconteceram. Nesse

sentido, as alterações produzidas no CPB também importaram na introdução de novos tipos, ou então houve aplicação de pena mais grave. Deve-se observar, em relação a fatos que estejam sob apuração, ou de processo na Justiça Militar ou comum, a possibilidade de ultratividade ou retroatividade da lei mais benéfica ou simples deslocamento de competência. Se alguém estiver sendo processado na Justiça Militar por corrupção de menores, o processo deverá ser extinto (retroatividade); se alguém estiver sendo processado na justiça comum pela prática do crime do artigo 218-A, tipo inexistente no CPM, nas condições do artigo 9º, II, do CPM, haverá apenas declinação de competência em favor da JMU.

A aplicação da *lex gravior* originária da legislação penal comum para crimes com definição idêntica ao CPM pode suscitar dois marcos temporais: ou a partir da vigência da Lei 13.491/17, ou a data da vigência da alteração que agravou a situação do agente do delito. No caso dos crimes sexuais, no segundo entendimento, seria a partir da vigência da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Parece mais lógico considerar-se como marco temporal de incidência do sistema mais grave partir da vigência da Lei 13.491/17, muito embora não se tenha descontinuidade típica, além da clara carga processual que possui o artigo 9º do CPM. Nesses casos, o processo sofrerá declinação de competência, mas, eventualmente, estando o réu sendo processado por crime mais grave acontecido durante a vigência do tipo correspondente no CPM, a declinação de competência implicará em prevalência da lei mais benéfica. É que os dois sistemas vigiam simultaneamente em relação aos crimes com definição idêntica antes da edição da Lei 13.491/17. Vejamos como exemplo a Lei de Tortura.

Com a Lei de Tortura, Lei 9.455/93, o seu ingresso na definição de crimes impropriamente militares também operou revogação no âmbito do CPM. A lei 9.455/93 regula diversas formas de comportamento caracterizados como tortura. O exemplo mais conhecido é a tortura para obtenção de confissão, artigo 1º, I, "a". Esta definição típica coincide com o artigo 222, § 1º, última parte do CPM. Antes da edição da Lei 13.491/17, era sustentável a tese de que esta

modalidade de tortura na legislação penal militar prevaleceria sobre o seu equivalente na Lei 9.455/93, de acordo com o princípio da especialidade. No entanto, diante da regra ampliativa de assimilação da legislação comum, não tem o menor cabimento falar-se em princípio da especialidade em crimes militares impróprios, de modo que houve revogação tácita, prevalecendo a Lei 9.455/93. Mas se alguém estiver sendo processado por esta modalidade de tortura na justiça comum, por fato praticado antes da vigência da Lei 11.3491/17, a declinação de competência em favor da Justiça Militar implicará em afastamento do tipo em questão da Lei 9.455/93, em prol do artigo 222, § 1º, do CPM. Nesse caso, haverá ultratividade da lei penal mais benéfica, nessa hipótese, o artigo 222, § 1º, do CPM. Para as demais hipóteses de tortura não existentes no CPM, simplesmente temos que tratar como alteração de competência, com declinação de foro, em relação aos crimes que estejam sendo julgados pela justiça comum. O processo não pode continuar tramitando na justiça comum nessas hipóteses.

Com estas observações, podemos agora analisar a aplicação da Lei de Crimes Hediondos como crime imprópriamente militar. Tratando-se de lei posterior, seja em relação à entrada em vigência do CPM, em 1969, ou do CPB, 1941, as suas disposições implicam na revogação de tipos com redação idêntica, em que pese a indicação dos comportamentos pertinentes não fazer referência aos tipos correspondentes no CPM. Agora não mais será necessário aprovar-se um projeto que faça essa remissão expressa, omissão inaceitável na lei em comento, que, inexplicavelmente, nunca foi preenchida. Uma inequívoca ofensa ao princípio da proibição deficiente. O caso mais evidente disso é a qualificadora do homicídio contra integrantes das Forças Armadas atuando em razão da condição de militar, incluída pela Lei 13.142/15, válida somente, pasmem, para o delito de homicídio no artigo 121 do CPB. Em recente recurso extraordinário, antes da edição da Lei 13.491/17, sustentei a competência da Justiça Federal para analisar crime de homicídio praticado por civil contra militar em operação de GLO, embora com enquadramento como crime militar por conta de ofensa ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Em razão da assimilação da Lei 8.072/90, os tipos correspondentes no CPM estão revogados. Não se pode mais admitir, por exemplo, que um homicídio qualificado por motivo torpe no CPM não seja crime hediondo. Subsiste o artigo 205 do CPM apenas no que não está alcançado pelo tratamento como crime hediondo, ou seja, o homicídio simples quando não praticado com características de grupo de extermínio e a qualificadora do agente prevalecendo-se da situação de serviço. Embora também seja o suficiente para suscitar debate próprio, não vemos como não existir Júri na Justiça Militar doravante. Se o crime de homicídio envolver civil como agente ou vítima, o Júri na Justiça Militar deverá ser obrigatório e presidido pelo Juiz-Auditor. Júri é órgão judiciário e não tem o seu conceito e existência atrelado à competência da justiça comum. A interpretação que se fazia no passado sobre o afastamento da competência do Júri pela caracterização do crime militar não mais se justifica. No nosso entendimento, a assimilação da competência da Justiça Militar para julgar crimes comuns nas hipóteses do artigo 9º, II, do CPM afastou a tese de especialidade dos crimes militares nessa hipótese.

O que foi dito sobre homicídio aplica-se a todas as demais hipóteses de crimes hediondos e equiparados. Os tipos equivalentes no CPM não mais prevalecem, não mais estão vigentes, foram revogados tacitamente. Com efeito, o latrocínio agora passa a ser o do artigo 157, § 3º, do CPB, e não o do artigo 242, § 3º, do CPM, o mesmo acontecendo em relação à extorsão qualificada pela morte, artigo 244, § 3º, do CPM; o crime de estupro do CPB prevalece, até porque como visto, todo o capítulo pertinente no CPM foi revogado, argumento que é válido para estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte do artigo 267 do CPB revogou tacitamente o artigo 292, § 1º, do CPM. Claro, se alguém estiver sendo processado na justiça comum pelo crime do artigo 267 do CPB, por fato anterior à vigência da Lei 11.3491/17, ao haver a declinação de competência, o fato deverá ser analisado pela JMU em face do crime do artigo 292, § 1º CPM, sem os efeitos da lei de crimes hediondos, por força da regra da ultratividade da lei penal mais benéfica. Exceção a essa regra é se o fato tratar de crime

permanente ou continuado. Segundo o enunciado 711 do STF aplica-se a lei de crimes hediondos:

Súmula 711

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Já a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fim terapêutico ou medicinal não têm previsão no CPM, e, nesse caso, a omissão fica preenchida pela assimilação da legislação penal comum. Nesse caso, ocorre simples declinação de competência. Sobre tráfico de entorpecentes e tortura já deixamos as nossas observações acima.

Afora as situações do enunciado 711 do STF *nos casos em que houve revogação tácita, a aplicação da lei de crimes hediondos somente ocorrerá em relação a fatos ocorridos após a entrada em vigência da Lei 13.491/17*. E uma última observação deve ser feita em relação à questão da pena. Uma vez aplicada a legislação penal comum na tipificação, aplica-se também no pertinente à pena e a todos os demais preceitos da parte geral do CPB. A alteração promovida pela Lei 13.491/17 determinou a aplicação da legislação penal comum, cujo princípio da legalidade vige para crimes e penas. Não excepcionou a parte geral do CPB. Na prática, a JMU terá que aplicar os dois sistemas de penas. Na prática, isso já aconteceu no passado com a vigência da lei de crimes contra a segurança nacional. Invocar-se o artigo 12 do CPB para não aplicar as regras da parte geral do CPB é um equívoco, a começar porque a parte geral do CPB é de 1984, posterior ao CPM. Ademais, isto é impossível. Pense-se, por exemplo, em um crime de ameaça, que é de ação penal pública condicionada, ou de exercício arbitrário das próprias razões, em regra de ação penal privada. Impossível não analisar-se a decadência.

As observações que foram aqui feitas são válidas para os crimes praticados por militar da reserva, reformado ou civil. Sem dúvida, da mesma maneira que ampliou-se a competência para julgamento pelo militar no polo ativo, o mesmo vai acontecer para o civil. Mas observe-se que

na prática essa ampliação vai funcionar para poucos crimes, nada muito diferente do que acontece hoje. E atenha-se ao que foi dito acima sobre a observância do sistema de aplicação da pena do CPB, bem como sobre a revogação inequívoca da proibição de aplicação da Lei 9.099/95 na JMU, pelo menos para crimes da legislação penal comum assimilados como crimes impropriamente militares. O mesmo se diga da implantação do juizado especial criminal no âmbito da JMU. Dificuldades práticas não justificam não cumprir com o que determina a lei. O civil agora, com essa assimilação, não poderá ter menos direitos do que teria na justiça comum. Já com relação às hipóteses do artigo 9º, I, do CPM, em que realmente prevalece a ideia de especialidade sobre a lei penal comum, é perfeitamente sustentável não se aplicar a Lei 9.099/95.