



Esse tal crime propriamente

militar. Busca de um conceito

Marcelo Weitzel Rabello de Souza
Procurador-Geral de Justiça Militar

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade uma análise crítica quanto à origem e expansão do conceito de crime militar em face da evolução tanto da doutrina jurídica como das missões destinadas às Forças Armadas.

PALAVRAS-CHAVES: Crime Militar. Evolução. Doutrina Jurídica. Dever Militar.

ABSTRACT: In summary, the article presents a critical analysis of the military crime from its origin within the evolution of the legal doctrine and the military duty.

KEYWORDS: Military Crime. Evolution. Legal Doctrine. Military Duty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Pequeno histórico – 3. A complexidade de um conceito e o bem jurídico tutelado – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais tormentosos no campo da ciência penal militar é o da busca de um conceito de crime propriamente, essencialmente, tipicamente, militar. Comumente se busca o simplório conceito divulgado no direito romano que, como veremos, não alcança a plenitude de circunstâncias rotineiramente demandadas às FFAA (Forças Armadas). Adicione-se o fato de que os romanos, belicosos por convicção política, não foram os únicos a influenciarem o direito penal castrense, haja vista que o direito germânico com este muito contribuiu.

Tudo não bastasse, a longa e constante evolução da atividade militar enseja reflexões que intimidam sempre respostas simples e objetivas. O enorme salto dado, desde a atividade militar romana – (que) sequer utilizava-se da cavalaria já existente, ao preferir proceder às movimentações e ataques a favor da exposição corporal –, com o longo caminho percorrido, massificação das FFAA, quartel, intendência, apoio logístico, evolução tecnológica, em que combates são realizados por vezes sem qualquer contato físico; quando a formação educacional e o rotineiro acompanhamento da evolução tecnológica se fazem necessariamente casados, estão a ensejar controvérsias quanto ao real enfoque a ser dado ao que se denomina crime militar.

A acompanhar a evolução das tropas, o regramento estamentário quanto a suas origens e funções com múltiplas facetas, exércitos profissionais ou não, FFAA com quadro de conscritos e profissionais no mesmo corpo, uma nova figura ainda restrita a países muito ricos, que investem cada vez mais na contratação de forças privadas com atuação em nome de uma nação, o que sem dúvida, gera total perplexidade perante os estatutos jurídicos postos e debatidos até então. Como classificar como fato típico a “deserção” daquele “militar” contratado por uma empresa para comandar um comboio de mantimentos em plena guerra do Kosovo e que por receio do combate iminente abandona a viatura e seu conteúdo (alguns casos com armamentos), à própria sorte?

O debate assume relevo, pois não é incomum vermos estatutos estrangeiros exigirem a delimitação do foro militar àquelas hipóteses de crimes propriamente militares, como ainda, o fato de que nossa Constituição que não chegou a tanto, porém descreve em seu art. 5º, LXI, a faculdade em se desconsiderar a prisão em flagrante quando da prática de delito propriamente militar. In verbis: “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.” (Grifos do subscritor).

2. PEQUENO HISTÓRICO

Como dito acima, a discussão quanto ao delito militar e conseqüente mecanismo procedimental de aplicação iniciou-se e separou-se em duas correntes.

Originariamente, dividiam-se em duas espécies de critérios – *ratione materiae* e *ratione personae*, parecendo o primeiro filiar-se ao Direito Romano primitivo e o segundo, ao Direito Germânico inicial.

(...) em Roma o cidadão sobrelevava ao soldado, ao passo que na Germânia o soldado sobrelevava ao cidadão. Com a instituição dos exércitos permanentes e com o desenvolvimento da disciplina e do direito especial das forças armadas, os dois critérios se articularam para a caracterização do crime militar. Posteriormente acresceram os critérios *ratione loci* e *ratione temporis*, que emprestaram fisionomia militar a certos crimes comuns praticados em lugares de jurisdição militar, como sejam – acampamentos, praças e navios de guerra, fortalezas, quartéis, etc..., ou praticados em tempos anormais como os de guerra ou rebelião.

O crime propriamente militar veio conceituado na velha definição da L. 2ª, D. 49-16, **de re militari**: “*propriam militare est delectum, quod quis uti miles admitti*” (...) “o crime propriamente militar é aquele que alguém comete como soldado”. (...) Precisando e desenvolvendo em outro trecho o referido conceito, estatue a L. 6ª, pr. Do cit. D. 49-16, **de re militari** que

“(.....) É militar todo o delito que se comete em contrário ao que exige a disciplina comum, como o de negligência, de contumácia ou de desídia”.¹

Em vista, porém, da permanência posterior dos militares em armas, da conservação dos respectivos estabelecimentos e da continuidade dos serviços em tempo de guerra e de paz, aquelas duas espécies de crimes, até então equidistantes e paralelas, foram se movendo e aproximando de modo a se tocarem em certos pontos.

No Brasil, um dos mais antigos documentos a respeito é a Provisão de 1834. Ali se dizia que, enquanto não houvesse lei explícita:

(...) se extremem os crimes militares dos civis, reputandose crime meramente militares, todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos militares do Exército, como são: 1º, os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do Exército e da Armada; 3º, os que alteram a ordem política e econômica do serviço militar, em tempo de guerra ou de paz; 4º, o excesso ou abuso de autoridade em ocasião de serviço ou influência de emprego militar, não excetuados por Lei, que positivamente prive o delinquente do foro militar.

A lei de 18 de setembro de 1851 foi a primeira a ampliar o conceito de crime militar, ao sujeitar também os paisanos ao foro militar em casos excepcionais.

Já a definição contida no Código Penal da Armada foi omissa quanto à classificação dos agentes, resumindo-se o seu art. 5º à ofensa ao dever marítimo e militar².

O critério *ratione legis*, recebeu autorização constitucional no diploma de 1934, ao permitir a extensão do foro castrense ao civil. Entretanto, ingres-

¹ BANDEIRA, E. O. T. Curso de Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1915, p. 17-19.

² BANDEIRA. Direito, Justiça... p. 21.

sou definitivamente no direito positivo brasileiro através do Código Penal Militar de 1944, substituindo definitivamente o critério *ratione materiae*. Crime puramente militar era a expressão usada pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Penal de 1890 (art. 6º, b; “os crimes puramente militares, como tais declarados nas leis respectivas”)³. Vale aqui mencionar que JOÃO VIERA, ao comentar o Código Criminal de 1830, criticou a exceção posta no art. 6º, ao se referir aos crimes puramente militares, por entender que a expressão “não *prima* pela correção”, por já estar superada em face da Constituição; e, por fim, socorrendo-se de membro do Ministério Público Militar italiano, anunciou:

que se deve cientificamente definir o que se pode entender por crime de competência da autoridade militar exigindo como limite a lesão do serviço militar, considerando-se não a simples qualidade militar, mas a natureza do crime. (Gri-fos do autor)⁴.

Na constituição republicana de 1891, “delitos militares” admitia o critério *ratione legis*, mas somente a de 1946 referiu-se expressamente, à tipificação dessa espécie de infração: “crimes militares definidos em lei”. (Art. 108).

3. A COMPLEXIDADE DE UM CONCEITO E O BEM JURÍDICO TUTELADO

Essa discussão envolvendo as correntes originárias do Direito Romano e do Germânico perdurou por longo tempo e dominou os debates por largo período no direito alienígena e até recentemente na doutrina pátria.

Assim, em atenção ao que foi anunciado pelo Direito Romano, CHRYSO-LITO DE GUSMÃO, argumentou:

(....) a princípio, a distinção dos crimes própria e impropriamente militares pouca influência tinha no direito militar romano. Só quando as conquistas longínquas de Roma, obrigando a prolongações do estado guerreiro e

³ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar, Brasília-DF, Brasília Jurídica, 999, p. 65.

⁴ ARAUJO, J. V. Código Penal Commentado Theorica e Praticamente. io de Janeiro: LAEMMERT, 1896.

levando a que os exércitos romanos adquirissem um certo grau de relativa permanência é que tal distinção se foi tornando mais necessária, pelo afastamento em que ficavam as forças das autoridades hierárquicas da cidade, e ipso facto, da milícia⁵.

ESMERALDINO BANDEIRA, por sua vez, protesta que os delitos militares deveriam ser apenas aqueles que violassem o dever funcional, porém ao final reconhece:

Grande é a distância em que, nesse particular a doutrina fica da lei, como também grande é a diferença que, sob o mesmo aspecto, separa entre si os diferentes códigos. No rigor da doutrina e em dissídio com a individualização feita nas leis especiais, só é dado considerar propriamente militares os crimes de capitulação ou rendição, cobardia, deserção, insubordinação, abandono de posto, usurpação, excesso ou abuso de autoridade militar, inobservância do dever militar (...) pois estas são as únicas infrações que não podem ser cometidas senão pelos militares. Escritores há que ainda as reduzem. Broutta por exemplo, vai ao extremo de limitar os crimes puramente militares, segundo a sua técnica, a deserção e a insubordinação⁶.

Aqui vale um grande aparte, com o intuito de contribuir com a controvérsia, que diz respeito à dificuldade da doutrina em justificar ou não a inserção da insubmissão (ART. 183 do CPM), como delito própria ou impropriamente militar. A insubmissão que, em linhas breves, significa o não comparecimento do civil a sua obrigação de servir às FFAA tem como agente a figura do civil, porém, a única razão de existir de tal delito é a natureza do serviço militar. A obrigação em cumprir um dever militar, que necessita do civil para prepará-lo para situações de risco que poderão ocorrer, ou até mesmo, pela necessidade de se integrar em um corpo em circunstância beligerante.

⁵ GUSMÃO, C. Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Jacinto Pinheiro dos Santos, 1915, p. 43.

⁶ BANDEIRA, Direito, Justiça e p. 51-53.

CHRYSOLITO, se posiciona:

Não concordamos (...) quando incluem a insubmissão como delito especificamente militar. O insubmisso ainda não pertence à fileira, ainda não é um elemento integrante desse organismo militar e, pois, se não compreende como possa praticar um crime especificamente militar. O seu crime é contra a nação, não se sujeitando ao dever de cidadão, não prestando a sua quota-parte na dívida de sangue; o insubmisso não entrou em contato, não respirou essa atmosfera específica de deveres e obrigações, que formam o meio militar, e, sem tal acontecer, é desumano e cruel pretender que ele já seja um adaptado a esse ambiente que lhe é ainda desconhecido, a um conjunto de princípios e regras que lhe são estranhas⁷.

JORGE ALBERTO ROMEIRO, ao perceber a insuficiência do ensinamento doutrinário frente aos crimes essencialmente militares e à multiplicidade de condutas intimamente ligadas à vida castrense, formula uma nova teoria para conceituar os crimes propriamente militares, com base no direito da ação penal: “Crime propriamente militar seria aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar”⁸. Com isso, intencionou resolver o dilema do ilícito de insubmissão, já que o agente causador do fato não é militar.

ROMEIRO inspira-se em VICO, que “considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar sem correspondente na lei penal comum”⁹, ofertando um posicionamento totalmente diverso da doutrina exposta até aqui.

Interessante notarmos que, se mantido o apego de certos expositores no sentido de que ilícito puramente militar somente será aquele afeto ao militar no cumprimento de ordens de serviço, teremos que considerar que certos ilícitos efetuados por um sentinela contra civil seria um delito propriamente militar. Em sentido inverso, a defesa de direito por parte do sen-

⁷ GUSMÃO, op. Cit., p. 47-48.

⁸ ROMEIRO, J. A. Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral). S. Paulo: Saraiva, 1994. p. 73.

⁹ Apud, ROMEIRO, op. cit. p. 71.

tinela, também, o que conseqüentemente leva à conclusão que a posição de sentinela como vítima em razão do serviço determinado por parte de agressão efetuada por civil também seria um ilícito propriamente militar, o que aliás, é o que prescreve a doutrina, a legislação e a jurisprudência espanhola, como adiante se verá.

CÉLIO LOBÃO, que não aceita o posicionamento adotado por ROMEIRO, oferece em início conceito restritivo que exclui a presença do insubmisso, para ao final se contradizer. Assim, enquanto conceitua:

Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, 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.

Ao depois se contradiz, ao afirmar que: “ É conveniente ressaltar que o crime propriamente militar pode ser cometido no exercício da função de cargo militar ou fora dele”. Ou seja, pode o delito meramente militar ser exercitado independentemente da função ou do cargo do agente militar.

Esta singela questão envolvendo um único delito, a insubmissão, dá bem o alcance da carência científica de um conceito de delito propriamente militar, ao ponto de autores tentarem buscar uma subespécie de delitos propriamente militar, como se vê no posicionamento adotado por CARLOS COLOMBO, citado por CÉLIO LOBÃO. Para aquele, é admissível que o civil possa figurar como sujeito ativo de tal classificação penal, pois a definição do que vem a ser propriamente militar deve vir fundada no bem ou interesse tutelado¹⁰, posição que se mostrou alvo de críticas de LOBÃO, que como será visto mais a frente, se mostram infundadas.

CARLOS COLOMBO assenta o bem ou interesse tutelado, independentemente da condição de agente militar ou civil, como fundamento do crime essencialmente militar a defender, como “todo ato que lesiona um bem ou interesse diretamente vinculado à existência das instituições ar-

¹⁰ LOBÃO, op. cit., p. 70.

revista do ministério público militar madras ou a sua disciplina, ou a seus fins e meios de realização, cominando com uma sanção pela lei ou os regulamentos”¹¹.

Prossigamos com o debate envolvendo o que seria um delito propriamente militar, com a evolução e a complexidade da vida militar em cotejo com as diversas demandas sociais e políticas de uma nação quando o conceito de puramente militar vai se alargando. Contribui também para isso a evolução doutrinária quanto à figura dos bens jurídicos penalmente tutelados.

O foro do Direito Penal Militar, é actualmente, um foro material e não pessoal - princípio solidificado nos países europeus ocidentais desde o Direito Napoleónico (...) isto é, o delito militar não se define em função da qualidade do infrator, mas sim em função da violação de interesses especificamente militares (apesar de a grande maioria dos tipos de ilícito serem “crimes específicos próprios”. (...)). Em termos concretos, o cidadão, militar ou civil, só estará sujeito ao Direito Penal Militar, quando violador de bens jurídicos militares, caso contrário estará sujeito ao foro comum (....)¹².

No direito espanhol, GUIMERÁ¹³, leciona:

O Código Penal castrense castiga fundamentalmente, e em princípio aqueles delitos em que se ataca um bem jurídico de carácter militar, deixando para o Código Penal comum a proteção dos bens jurídicos que sejam alheios às Forças Armadas.

O Código Penal Militar tipifica delitos militares cometidos por militares, mas admite exceções. Isso pode se dar em tempo de guerra e quando em tempo de paz, nas hipóteses de delitos contra sentinela, Força Armada ou Polícia Militar, art. 85, além do contido nos arts. 61, 127 (este sobre a negativa de se cumprir o serviço militar), 129 (acobertamento de desertor), contra a Administração da Justiça Militar – arts. 180, 182 e 188 e recepta-

¹¹ Apud, LOBÃO, op. cit. p. 70.

¹² COSTA, F. C. P. Quetões de Legitimidade..... p. 17.

¹³ GUIMERÁ, J. F. H. Curso de Derecho Penal Militar Español. Barcelona: Bosch, 1990, p, 307.

ção do art. 197. “O sujeito passivo (...) é exclusivamente a própria Instituição Militar, mesmo que haja coincidência com o objeto material da ação, quando ocorre o delito contra a pessoa física do sentinela”¹⁴.

Após exaustiva pesquisa histórica e no Direito Comparado, observa-se a ausência de uma única classificação que possa abranger a quantidade de crimes militares e, entre esses, os que seriam própria ou impropriamente militares, haja vista sempre apresentarem alguma falha quando se tem em conta o bem jurídico tutelado. O autor espanhol, acima mencionado, chega a elencar após o seu estudo diversas classificações, tais como: a) fundamentalmente militares. Aqueles que exclusivamente vulneram um interesse jurídico militar; b) Eminentemente militares, nos quais se lesiona um bem jurídico militar e também um comum; c) delitos militares pelos quais se descreve fundamentalmente um tipo comum, porém certas circunstâncias acabam reclamando sua presença no Código Penal Militar; como ainda o que a doutrina denominou de delitos militarizados que seriam inicialmente de caráter comum, porém, têm uma relevância militar, haja vista entender o legislador que a descrição contida no tipo comum é insuficiente para proteção do bem jurídico militar, ou então, por terem sido atraídos para o fórum militar em razão da apenação contida na legislação castrense ser mais grave. Por último, descreve ainda uma outra característica de crime militar que se trata na realidade de um delito comum com a qual concorre alguma característica militar. As classificações relacionadas tiveram pelo autor a companhia de diversos exemplos colacionados na legislação em geral¹⁵.

Como é fácil destacar, apesar da determinação de que a Justiça castrense daquele país somente aprecia crimes “estritamente militares” e punições disciplinares, tanto a legislação, como a doutrina e jurisprudência admitem que certos delitos, por ofenderem a atividade militar, mesmo que praticados por civis, devem ser analisados pela Justiça Militar.

Neste sentido:

O Tribunal Supremo, através da Sala Militar, há reconhecido, como um fato evidente, que a atual competência da

¹⁴ GUIMERÁ, op. cit., p. 318.

¹⁵ GUIMERÁ, op. cit. p. 314 e 315, com apoio em Rodriguez VILASSANTE.

jurisdição não resta determinada *ratione personae*, mas sim exclusivamente em atenção, por um lado, a natureza dos fatos e, por outro, a sua concreta relação com a esfera do que é castrense. Essa tarefa de caracterizar tais critérios, explica o alto tribunal que “o castrense”, deriva, a sua vez, do bem jurídico protegido, dos interesses sobre os quais a ação recai, dos fins mesmos que as FFAA atribuem os artigos 8 e 30 da CE e, em ocasiões, mas nunca exclusivamente, da condição de sujeito ativo¹⁶.

Em outra passagem, informa o autor que o art. 155 daquele Código Penal Militar, “Não é todo o que é estritamente castrense que corresponde a jurisdição militar, mas sim, tão somente aquilo que, concretamente, está atribuído por lei”¹⁷. Afinal, os tipos penais daquele Estatuto Penal contêm alguns delitos específicos que os “singularizam frente as correlatas figuras do Código Penal Ordinário”¹⁸.

Como informa DÍAZ, a opção do legislador ordinário se sustenta em que o bem jurídico protegido não é estritamente – somente – um interesse da instituição militar, mas sim, que pode denominar-se um interesse militar do Estado que, em definitivo, é o que resulta lesionado pelos delitos em que o autor não é militar. Nesta linha: “o Tribunal Supremo entende que com a ação judicial envolvendo civis por delito militar se consegue proteger, através de uma tutela autônoma e especializada sobre interesses inerentes a instituição castrense”¹⁹.

E, no caso espanhol, quais são os bens jurídicos afetados? Os bens jurídicos que se intencionam proteger por meio dos tipos penais militares praticados por civis são:

- a) a segurança nacional e a defesa nacional que se vulneram com o ingresso em base, aquartelamento ou estabelecimento militar, ou ainda que vulnerarem as medidas de segurança para os locais citados (art. 61 CPM);

¹⁶ DÍAZ, Y. D. *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho*. Valencia: Publicaciones Universidad de Alicante, 2004. p. 66.

¹⁷ Sala de Conflitos, sentença de 20 de dezembro de 1990, por DÍAZ, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸ S. Conflitos, Sent. 11.3.96, DÍAZ, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹ Sentença da Sala Quinta, de 23 de janeiro de 1992, *op. cit.* p. 76.

- b) a nação espanhola e a instituição militar em delitos contra sentinela, força armada ou policia militar (art. 85 CPM);
- c) os deveres de presença e serviço militar que se prejudicam ao incitar o cometimento de delitos de deserção ou abandono de destino (art. 129 CPM) ou os referentes à negativa em se cumprir o Serviço Militar (art. 127 CPM);
- d) a administração da justiça militar, que se lesiona quando se simula ser vítima ou responsável em um processo militar ou por exercer coação para obter ou impedir um testemunho, uma confissão, etc. (arts. 180, 182, 183, 186 e 187 do CPM);
- e) a fazenda militar que se vulnera ao adquirir material subtraído ou abandonado por militares (art. 197 do CPM).

As normas penais e processuais também impõem algumas outras regras de competência. Assim, conforme art. 12, I, da LOCOJM, quando um fato está expressamente previsto como delito militar no Código Penal Militar e o mesmo fato é tipificado no Código Penal e sancionado com pena maior, “a norma do CP não se desloca e se aplica esta para impor a pena”²⁰, ou, como assinala o art. 14 da mesma norma, na hipótese de crimes conexos, entre a Jurisdição Militar e a Comum, prevalece:

A jurisdição a que está atribuído o conhecimento do delito que tenha assinalada legalmente pena mais grave, conhecerá dos delitos conexos. Os delitos e faltas previstos em tratados, acordos e convênios internacionais em que Espanha seja parte, cometidos por militares nos casos de presença permanente ou temporária fora do território nacional das Forças Armadas ou Unidades espanholas de qualquer exército (art. 12.3 LOCOJM)²¹.

A razão para tal alargamento do conceito de crime propriamente militar deve-se à amplificação dos estudos envolvendo a figura do bem jurídico e a corrente a ele adotada. Há muito ficou superada a postura prevista às FFAA de um grupo armado constantemente aquartelado, preparado apenas para atuação no campo da segurança externa no que se refere à movimentação da tropa. Aliás, o conceito de segurança externa, envolve hoje

²⁰ DÍAZ, op. cit., p. 82.

²¹ DÍAZ, op. cit., p. 89.

tantas particularidades que por si só desnaturariam o conceito contido até meados do século passado.

Ao observarmos o previsto na atual CF do Brasil, principalmente no art. 142 (mas não só neste), veremos que ela concede e impõem às FFAA missões e estatuto que eram completamente desconsiderados pela Constituição anterior, o que gera por parte do Cód. Penal Militar, dos idos de 1969, um elenco de bens jurídicos divorciado das exigências atuais.

Ao acompanharmos a destinação e a estruturação das FFAA brasileiras em dias atuais, veremos que a Instituição FFAA, não o agente militar em si, mas a Instituição FFAA, prescinde de requisitos outros que vão além dos pilares hierarquia e disciplina. Se tais são essenciais para a sua atuação, principalmente por estarmos lidando com um grupo armado institucionalizado, tão só não basta para proteção do bem jurídico. Outros como a plena eficiência e otimização de gestão administrativa são fundamentais para a sua atuação. As exigências de participação como garantidora dos Poderes Constitucionais e da ordem pública são cada vez mais frequentes, e não faltam abundantes exemplos na história recente do país em que tais foram exigidas, como a cada vez maior e variável missão no campo externo, seja em missões de paz, seja como missões de resgate, quando inclusive as FFAA brasileiras foram chamadas para o auxílio em circunstâncias internas de outros países (democráticos, diga-se), como visto no resgate de reféns na Colômbia.

Ainda no campo externo, as constantes transformações às quais as forças de paz estão submetidas, face às alterações na realidade – como agora no Congo, onde as FFAA, em nome da ONU, se veem não só restritas à manutenção da paz, mas na busca de um conceito na prática beligerante, de legítima defesa preventiva da população (o que permitiria ataques a grupos hostis a essa população) – estão a exigir para as FFAA, como Instituição em missões solicitadas pelo Estado brasileiro, instrumentos jurídicos que as apoiem nas suas funções. Se o Estado, por meio do seu Estatuto Constitucional, reclama, tanto no âmbito interno como no externo, determinadas participações das FFAA, deve, além dos recursos humanos e materiais, fornecer a essas Forças Armadas os instrumentos jurídicos que lhe

permitam exercer suas missões, o que sem dúvida amplifica a já divergente postura doutrinária do que seria crime propriamente militar.

Do final do século passado para cá, as FFAA (e não só no Brasil), necessitam cada vez mais da participação de civis na formação e configuração de suas missões. Cada vez mais frequente a inserção do segmento docente universitário. Nos diversos Ministérios de Defesa, a inserção de civis que não se submetem ao rígido código de hierarquia e disciplina castrense, mas são imprescindíveis ao sucesso das missões. Vê-se, por exemplo, o brutal e acelerado campo ligado à informática, onde a evolução impõe o convívio com empresas e quadros privados que, em razão do trabalho a ser realizado, obrigam que o direito penal castrense tenha em defesa da instituição militar largo campo de atuação.

O direito também não pode fugir da realidade social do país e como tal o direito penal militar. No Brasil, civis adentram em Unidades Militares com o objetivo de subtraírem material bélico. Explodem caixas eletrônicas dentro de Organizações militares, sem falarmos na praga da corrupção que não só tenta mas atenta a gestão de contratos em geral e o fornecimento de bens em particular, como ainda, espalha-se por meio de traficantes que buscam melhor aparelhamento militar. Tais fatos, aqui rapidamente exemplificados, exigem uma conceituação e conseqüentemente um campo procedimental diverso para a figura do crime propriamente militar, haja vista o enorme campo de agentes civis que podem cometer tais delitos. Neste ponto, foi sábio o Constituinte ao reclamar a definição em lei para os chamados crimes propriamente militares no que tange à prisão, que pode muito bem, como medida restritiva da liberdade, sem autorização judicial, ficar adstrita a militares; também foi sábio em não exigir que à Justiça Militar sejam submetidos somente os crimes propriamente militares, já que tais delitos não têm um arcabouço jurídico/científico que a apoie, pois o deslocamento do crime propriamente militar, como aquele ofensivo à Instituição Militar, é bem mais amplo do que aquele debatido no início do século passado, que envolvia apenas algumas atividades por parte de militares (diga-se, em sua grande maioria, adstritos ao serviço militar obrigatório).

Essa discussão envolvendo um conceito de crime militar não passou despercebida ao STF e a PONTES DE MIRANDA, que, ao analisar o contido no art. 122, §§ 1º e 2º da Constituição de 1967, colaciona decisão do STF, cujo extrato aqui se transcreve: “Esse critério objetivo, conforme o texto da lei ordinária é o que convém aos interesses da justiça pública, porque afasta da controvérsia as intermináveis discussões doutrinárias, que vem de longa data”²². (Grifos do subscritor).

A discussão do crime propriamente militar passa por um debate mais profundo envolvendo a figura do bem jurídico. HIRSCH motiva tal debate, ao discorrer sobre a atual dicotomia da figura do bem jurídico penalmente tutelado no universo anglo-saxônico e sua dicotomia com o direito continental europeu, quando busca uma harmonização entre ambos, o dilema entre o *ad harm principle* e o *harmful to others*, constante em ambos os direitos.

Cita e defende o autor a postura apresentada por FAINBERG, para quem vai além da assertiva defendida por STUART MILL, condensada na figura do dano, como concretamente lesivo ao interesse tutelado, ou seja, as condutas essencialmente danosas, para quem, além de tal premissa, admite “que as condutas que não causam um dano podem ser proibidas sempre que possam dar lugar a consequências lesivas em um futuro, para cuja avaliação será determinante a probabilidade e gravidade do eventual dano a produzir”²³. Para FEINBERG, “o conceito de dano somente será válido se vier acompanhado de um conceito de interesse, como um interesse jurídico, que deve conceber-se como um recurso cuja integralidade tem uma pretensão (*Anspruch*) a pessoa envolvida”²⁴. Não uma simples probabilidade de dano. (Grifos do subscritor).

Emblemática, a nosso ver, a questão trazida por HIRSCH quanto ao enfoque a ser dado ao bem jurídico de cunho paternalista ou não, ao tratar do consumo de drogas. Pois se considerarmos que as drogas são um bem jurídico vinculado à saúde, deveria este ser considerado apenas quando pro-

²² Op. cit., Tomo IV, p. 227.

²³ HIRSCH, Andrew von, in: *La teoria del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 40.

²⁴ Op. cit., p. 41-42.

vocasse danos a terceiras pessoas, o que sem dúvida restringe por demais a aplicação dos tipos penais. Numa linha paternalista do direito penal, tal se veria por demais restrito à aplicação²⁵. Entretanto, considerado o risco de dano a ser produzido, amplia-se a figura do bem jurídico, transcende ao contido como ofensivo à saúde pública.

O questionamento apresentado acima vem bem ao encontro do que se debate no Estatuto Penal castrense. Uma coisa é o agente civil, consumir a sua droga, ser um viciado, e como tal, sujeita a sua conduta à proteção de bens contra a saúde pública. Outra, diz respeito a um militar que se insira na mesma condição de viciado. Em que pese o obsoleto Código Penal Militar incluir o consumo de droga nos crimes contra a saúde pública, o interesse, o risco a ser produzido, vai bem além, pois um militar, quem tem a arma, como um dos instrumentos de trabalho, ao se colocar na condição de drogado, vai colocar em risco, não só a figura da hierarquia e da disciplina, mas também, poderá produzir danos sociais de significativa monta.

A figura de bens pluriofensivos, tão presente no Direito Militar, deve ser apreciada em diversas outras condutas. Quando um civil corrompe um agente militar, ofende a Instituição não só no aspecto patrimonial, mas também em sua credibilidade, na exigência hierárquica. Quando, em uma missão de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), um militar é agredido por um civil, coloca-se em risco com tal medida que por vezes visa apenas desmoralizar o agente, a segurança e a postura que se exige daquela tropa frente à missão a que foi designada. O delito de ameaça exercido por um particular, que o legislador comum, considerou tão restrito à esfera privada que para propositura de uma ação exige-se a figura de queixa crime, no âmbito castrense poderá ter contornos e alcances bem mais severos, tanto que ali se exige uma ação penal pública. Os posicionamentos citados assumem tamanha relevância, que HEFENDEHL, ao tratar do bem jurídico coletivo, segurança e defesa do Estado, os quais as FFAA são partes indissociáveis, assevera que o conceito de bem jurídico só terá validade se comungado ao objeto da ação. Não possui o bem jurídico e o objeto da ação qualidades distintas, pois somente dada as condições para o bem jurí-

²⁵ Op. cit., p. 45-46.

dico, pode-se “interpretar o objeto da ação realmente como representante do bem jurídico”²⁶.

4. CONCLUSÃO

Extremamente arriscado um posicionamento doutrinário e jurisprudencial único sobre o que vem a ser crime propriamente militar, haja vista que a doutrina ainda não evoluiu o suficiente para um conceito em face das múltiplas variações que tem sofrido o corpo militar, seja no âmbito de sua estrutura, seja no plano de suas missões.

Bem andou a Constituição ao determinar que somente a lei venha a determinar o que é crime propriamente militar. Porém, como ainda não há lei em cumprimento ao mandamento constitucional, fica prejudicada a afirmativa de quais os delitos inseridos no CPM são hoje considerados delitos propriamente militares.

Como a norma constitucional trata de medida restritiva de prisão, é válido que o Parlamento brasileiro se debruce sobre tal tema e trace o rol de tais delitos para fins de custódia cautelar. Porém, não poderia servir o rol como excludente de matérias a serem analisadas pela Justiça Militar, haja vista que seu campo de atuação não sofre tal restrição, bem como, a tentativa em se elencar quais delitos puramente militares devem ser objeto de crimes militares, isto poderá acarretar desconformidade às exigências atuais impostas às ações das FFAA.

5. REFERÊNCIAS

ARAUJO, J. V. Código Penal Commentado Thorica e Praticamente. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores, 1896.

BANDEIRA, E. O. T. B. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913.

BANDEIRA, E. O. T. B. Direito, Justiça e Processo Militar. V. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2. ed., 1919.

²⁶ HEFENDHEL, R. In: La teoria del bien jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.181.

GUSMÃO, C. Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915.

LOBÃO, C. Direito Penal Militar. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1999.

MIRANDA, P. Comentários à Constituição de 1967, Tomo I. São Paulo: RT, Editora Revista dos Tribunais, 1967.

ROMEIRO, J. A. Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral). S. Paulo: Saraiva, 1994.