

A aplicação das inovações do

Direito Penal (dito) comum na Justiça Militar. Imposição ou omissão?

Antonio Facuri

Promotor de Justiça Militar

O Direito Penal, como controle social que é, tem como característica adequar-se às mudanças que naturalmente ocorrem em qualquer sociedade civilizada. Embora evidentemente mais complexo, o próprio garantismo jurídico, muito bem-adaptado por Luigi Ferrajoli, tem como supedâneo uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais, de quando em vez contraditórias.

Destarte, no fascinante ramo do direito penal militar, também ocorrem divergências e contradições entre a normatividade e a efetividade, reclamando reflexões maiores do que as simplórias saídas do tipo “não se deve aplicar determinada Lei na Justiça Militar pois não tem previsão legal”.

No que tange aos Estatutos Repressivos (castrense e comum), impende salientar que, conquanto publicados no mesmo Diário Oficial da União de 21.10.1969, o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1000/69) entrou em vigor a 1º/1/1970, e o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 1002/69), após ter sua *vacatio legis* prorrogada por 9 anos, acabou sendo revogado pela Lei 6578, de 11.10.1978, sem ter entrado em vigor – contrariando a intenção do legislador penal, expressa no item 1º da Exposição de Motivos do CPM, em dar o máximo de unidade às leis substantivas penais brasileiras, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento dos mesmos temas, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das nossas leis penais em todo o território nacional.

Como sabemos, enquanto adiada a entrada em vigor do Código Penal de 1969, o então presidente Ernesto Geisel encaminhou ao Congresso o Projeto de Lei 2, de 22 de fevereiro de 1977, com o fito de alterar alguns dispositivos

do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2848/40), do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais.

Tal projeto originou a Lei 6416, de 24 de maio de 1977, adaptando principalmente a execução penal à realidade que se impunha à época.

Com o sucesso da medida, foi encaminhado, também pelo presidente Geisel, outro Projeto de Lei, desta feita com a finalidade de revogar o Código Penal de 1969, baseado no fato de que o CP de 1940, nas passagens reformuladas, se tornara mais atualizado do que o vacante.

O Projeto foi transformado na Lei 6578, de 11 de outubro de 1978, que efetivamente revogou o Código Penal, sem que este tivesse ao menos entrado em vigor.

Dessa forma, perduram até os dias de hoje um Código Penal para os crimes chamados de natureza comum, e outro para os crimes militares.

As diferenças de tratamento observadas entre os dois estatutos repressivos em alguns institutos ganharam especial colorido com o advento da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que modificou a parte geral do Código Penal Comum sem, contudo, alterar o Código Penal Militar.

Demais disso, surgiram diversos diplomas penais, como as Leis 9099/95 (que permite o chamado *sursis* processual e a transação penal), 9714/98 (penas alternativas), 9249/95 e 10684/03 (que extinguem a punibilidade pelo pagamento e nos crimes contra a ordem tributária e previdenciários).

Urge acentuar que em algumas situações deve mesmo ser dado tratamento diverso, em virtude do caráter especial do Direito Penal Militar, consistente, segundo Manzini¹, “no complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da pátria, qualificando uma ordem jurídica militar dentro no âmbito da ordem jurídica geral do Estado”.

¹ Jorge Alberto Romeiro, *Curso de Direito Penal Militar*, Saraiva, 1994, p.1, citando Vincenzo Manzini in *Diritto Penale Militare*, Padova, 1932, p. 1

Vê-se que, pois, o direito penal castrense é um complemento do direito comum, apenas apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito, corpo e diretrizes peculiares, salientando-se que alguns países sequer possuem um *Codex* Penal Militar separado do Código Penal comum, prevendo este último dispositivos atinentes aos crimes militares, além de normas gerais relativas a eles, como é o caso da Suécia, Hungria, ex-Tchecoslováquia, Iugoslávia, România, ex-República Democrática Alemã e ex-República Socialista Federativa Soviética da Rússia.

Malgrado os princípios regedores do direito militar tutelarem em especial determinados bem jurídicos, como a autoridade, disciplina e hierarquia (sustentáculos necessários para a operacionalidade das Forças Armadas e, como corolário, garantidores da própria soberania) – o que confere, de forma irremissível, em certos casos, tratamento diferenciado entre os códigos, como a não aplicação do *sursis* em alguns crimes (deserção, desrespeito a superior, uso indevido de uniforme etc) –, a verdade é que surge a dúvida se os dispositivos dos indigitados Diplomas Legais restaram diferenciados por omissão legislativa, quando da reforma penal de 1984 (bem assim quando das diversas Leis posteriores, que olvidaram da Justiça Militar) ou se ocorreu o que os alemães chamam de silêncio eloquente, traduzido na omissão proposital do legislador – nesse caso, devendo considerar-se que as hipóteses contempladas pelo CPM seriam as únicas possíveis, não se admitindo sequer a analogia com o CPB, ainda que *in bonam partem*, em virtude do caráter especial que é conferido à legislação penal castrense.

Para alguns, contudo, a solução seria o emprego da analogia. A propósito de tal instituto, lapidares são as palavras do eminente Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Mathias de Souza²:

“Diz-se a analogia legis quando ocorre a aplicação de outra lei para caso semelhante, naturalmente a caso para o qual não há previsão legal específica, e, analogia júris, quando há aplicação de princípios gerais de direito, já usada em caso semelhante, a um caso não previsto pelo direito positivo.

Enquanto método de interpretação, repita-se, fala-se ainda em analogia interpretativa, visto que resulta de interpretação de

² Carlos Fernando Mathias de Souza, *Correio Brasiliense*, Coluna Direito e Justiça, Brasília, 9 de abril de 2001

texto legal, em face de outros dispositivos que regulam situações idênticas àquela que esteja em exame. Por isso, pode-se dizer que a analogia aí assume caráter de interpretação extensiva ou indutiva de lei (ou texto legal), pela semelhança com outra lei ou outro texto, consigne-se o óbvio. Diversos são os comandos, no ordenamento positivo brasileiro, a cuidarem da analogia, como fonte de direito supridora de omissão da lei (ou, como querem alguns, de lacunas no direito)”.

*Com propriedade, leciona Battaglini:*³

“Pode surgir alguma dúvida a respeito de se ter, na analogia, uma aplicação ou uma interpretação da lei. A interpretação nada mais é do que um meio para atingir a aplicação. Enquanto a interpretação consiste na pesquisa do conteúdo e do alcance da norma no tocante a todas as características peculiares do caso concreto (compreendendo também o grau de periculosidade do réu). Evidente que se deve falar em aplicação e não em interpretação analógica, pois é impossível interpretar uma norma inexistente. O que ocorre é a aplicação ao caso a ser decidido de norma ou regra que regula hipótese semelhante em matéria análoga; pela regulamentação de caso análogo, portanto, infere-se que o legislador comportar-se-ia da mesma maneira, se tivesse previsto o caso que na norma não se enquadra. A decisão por analogia fundamenta-se apenas indiretamente na lei; na realidade, vem preencher uma lacuna”.

Infere-se, portanto, que, em algumas situações, em se verificando inequívoca omissão do CPM, a solução é o emprego da analogia com o CPB e Leis extravagantes.

Entretanto, para outros, a solução seria ainda mais simples, bastando tão somente invocar o art. 12 do Código Penal Brasileiro, que assim preconiza, verbis:

³ Giulio Battaglini, *Direito Penal*, tradução de Paulo José da Costa Jr. E Ada P. Grinover, Saraiva, São Paulo, 1964, p.61-62

“Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Destarte, para tal facção, a saída não seria o emprego da analogia, aplicando-se, *in casu*, os critérios adotados pela própria lei.

Acontece que o dispositivo supradescrito refere-se às regras gerais e, como bem assevera o insigne magistrado Nilton João de Macedo Machado⁴:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327).

Ora, regras gerais do Código Penal são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral”.

O festejado professor Damásio de Jesus leciona com muita propriedade acerca do tema⁵:

“A legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código”.

Insta observar-se que a controvérsia se circunscreve tão só em relação às normas dos Códigos ora enfocados, porquanto a aplicação de legislação extravagante junto à Justiça Castrense encontra maior resistência ainda, como, *verbi gracia*, o acórdão do STF (HC 80.249-PE, Rel. Min. Celso de Mello), em que decidiu-se que o art.214 do CPM (calúnia) prevalece sobre a Lei de Imprensa, ainda que o crime tenha sido cometido por intermédio de meios de comunicação.

⁴ Revista Direito Militar, n. 18, Julho/Agosto, 1999

⁵ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal, Saraiva, 1988, p. 09

Como se vê, o assunto sob testilha circunscreve-se na possibilidade ou não de aplicação do CPB e de outros Diplomas, quando normas mais benéficas forem neles introduzidas.

Segundo Bobbio⁶:

“O Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo (...)”.

Com efeito, veja-se a brilhante citação a Max Gmür:

“entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender as palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim, o magistrado: não procede como insensível aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar; com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autônomo; e sim, árbitro das adaptações dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”.

Nada obstante os rígidos princípios de hierarquia e disciplina militar, proclamada esta última a alma das Forças Armadas, na célebre frase do testamento político de 1752 de Frederico, o Grande⁷: – “Cette discipline fait l’âme des armées, tant qu’elle est en vigueur, elle soutiens les empires” –, o que mais do que nunca aprisiona o aplicador da lei penal castrense aos ditames legais, sem zonas hermenêuticas muito extensas, não se pode esquecer, contudo, que tal ramo do direito também se aplica aos civis, que não se submetem aos susomencionados princípios. São os chamados crimes acidentalmente militares, ou

⁶ Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, UNB. 10ª edição, 1997, p. 21

⁷ Eberhard Schmidt, *apud* Jorge Romeiro, op. Cit. P-10

seja, intrinsecamente de natureza comum (furto, roubo, homicídio, estelionato etc.), mas que se tornam militares em razão de alguma circunstância, sendo que alguns preferem chamá-los de crimes impropriamente militares.

Dessa forma, surge a insuperável dúvida se seria correta a aplicação mais rigorosa de um Código, em detrimento da equidade. Será que a reforma penal realmente esqueceu propositalmente dos crimes militares ou ocorreu inescusável omissão do legislador?

No que atina à dúvida da real intenção do legislador, o insuperável Nelson Hungria já havia asseverado com a autoridade de sempre⁸:

“No caso de irredutível dúvida entre o **espírito** e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que **não seja possível descobrir-se a *voluntas legis***, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. Mas, insista-se: quando resulta inútil qualquer processo de interpretação do texto legal. Somente *in re dubia* se justifica ou se impõe a inteligência da lei no sentido mais favorável ao réu, segundo antiga advertência: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus, justum est quam tutius*.”(grifos não originais)

O assunto é importante e merece reflexão, sobretudo considerando-se, que enquanto o direito civil é o da segurança, o penal é o direito da justiça, devendo ser aplicado não com maior ou menor rigor, mais de forma sobretudo justa.

A título de ilustração, imaginemos dois funcionários civis que fizeram o mesmo concurso, sendo que um foi designado para laborar num ministério civil, e outro, numa repartição militar. Ambos cometem o crime de peculato. Nesse passo, o funcionário civil, se for condenado à pena mínima, teria direito a pena alternativa, conforme preconiza a lei 9714/98. Já o outro servidor civil, mesmo

⁸ Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 94

que condenado à pena mínima (consoante o CPM 3 anos), seria obrigado a cumpri-la por um período preso, eis que não teria direito ao *sursis*.

Sobreleva notar que agentes na mesma situação funcional (servidores civis), praticando fatos semelhantes (crimes em detrimento do erário da União), sofreriam punições distintas, porquanto um cumpriria pena alternativa, e outro ficaria encarcerado.

Outro exemplo é a introdução, pela reforma de 1984, do § 2º ao art. 29, que trata da **participação dolosamente distinta** (para quem participa do crimes menos graves), ou **desvio subjetivo quantitativo** (em relação ao que desvia a conduta, praticando crime mais grave), a saber:

“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

A alteração afigura-se-nos significativa, uma vez que, anteriormente à reforma, se o agente quisesse participar de crime menos grave, sua pena sofreria abatimento de 1/3 até metade, guardando, entretanto, os limites do crime cometido. Como se vê, o critério atual do CPB é muito mais justo do que o preconizado pelo CPM, anacrônico no tema.

É óbvio que existem vários outros exemplos (concretos ou hipotéticos) em que a diferença de tratamento entre o CPM e demais legislação repressiva pátria acaba por ferir de morte o princípio da equidade, sendo imperiosa a indagação se é correto dar um direito diferente para situações semelhantes.

No mesmo diapasão são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (*in Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, 3ª edição, p.10).

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada, procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardam relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (op. cit. pp.38).

Pari passu :

“(…) Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte : Se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

É sempre possível desigualar entre categorias de pessoas desde que haja uma razão prestante, aceitável, que não brigue com os valores consagrados no Texto Constitucional; isto é, que não implique em exaltar desvalores, como em seguida melhor se dirá.

Logo, existindo a relação de pertinência lógica referida, os não abrangidos pela regra carecerão de possibilidade de reclamarem em seu prol o tratamento deferido a outros e que não lhes foi outorgado.

Inversamente, inexistindo uma relação de pertinência (tal como indicada) os não abrangidos pela regra poderão invocar em seu favor a necessidade de atender-se ao preceito igualitário.” (in Princípio da Isonomia : Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 01/1993; Ed. Malheiros, págs. 81/82)

Por derradeiro, tem-se que a tensão dialética trazida à colação é importante para refletir-se sobre o tema, mormente em se considerando a absoluta falta de trabalhos aprofundados.

É dizer, à míngua da devida atenção que deveria ter o Direito Penal Militar, sempre esquecido e quiçá menosprezado pelos doutrinadores – e, o que é pior, pelos próprios legisladores, inclusive com o risco de inaceitáveis contradições na repressão criminal –, que não resta outra alternativa, qual seja a de se aplicar também na Justiça Militar as benesses introduzidas pelo Direito doméstico comum, desde que não ofensivas aos princípios regedores do Direito Militar.