

Organização criminosa militar: lições após a Lei n. 13.491/17

Cícero Robson Coimbra Neves

Mestre e doutorando em Direito pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3525261227099733>

E-mail: coimbra.neves@mpm.mp.br

1º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2018

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de incursionar pelas novas possibilidades de formas típicas dos crimes militares após a edição da Lei n. 13.491/17, com o enfoque específico no crime de organização criminosa, definido pela Lei n. 12.850/13, encontrando subsunção mediata, para sua caracterização como crime militar, na alínea “e” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. Em adição, firma a competência da Justiça Militar (dos Estados e da União) para processar e julgar referido delito, além de incursionar por algumas abordagens próprias da persecução criminal militar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar; tipicidade; novos tipos penais militares incriminadores; crime organizado.

ENGLISH

TITLE: Military criminal organization: lessons after Law n. 13,491/17.

ABSTRACT: This work aims to address the new possibilities of typical forms of military crime after the edition of Law no. 13.491/17, with specific emphasis on the crime of criminal organization, defined by Law no. 12.850/13, finding mediate grounding in section “e” of item II of Art. 9 of the Military Criminal Code for its characterization as a military crime. Additionally, it establishes the competence of the Military Justice (at the

Federal and State levels) to proceed and judge said offense, besides addressing some specific approaches particular to the military criminal prosecution.

KEYWORDS: Military Criminal Code; distinctiveness; new incriminating military criminal types; organized crime.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O art. 9º do CPM e os crimes militares extravagantes – 3 Crime de organização criminosa – 4 Tipicidade indireta e a subsunção no estudo em curso – 5 Competência da Justiça Militar e questões específicas – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

20

A Lei n. 13.491, de 16 de outubro de 2017, trouxe grande inovação no Direito Castrense Brasileiro, importando, em um de seus eixos, em uma inédita ampliação no conceito de crime militar em tempo de paz.

Após referida Lei, por uma substancial alteração do inciso II do art. 9º do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar (CPM), há a possibilidade de prática de um crime militar ainda que não haja, nesse Código, tipo penal incriminador para a conduta analisada, o que obriga ao ator do Direito Penal Militar a se debruçar sobre novas possibilidades típicas.

Nesse contexto, entende-se perfeitamente possível, como será demonstrado, a incorporação de tipos penais incriminadores previstos na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, especialmente aquele trazido por seu art. 2º.

Não se trata, pois, de aceitar que os crimes militares já conhecidos (concessão, peculato, homicídio etc.), praticados no contexto de organização criminosa, possam ser compreendidos como crime organizado por extensão, já aceito doutrinariamente, mas demonstrar que o crime de organização

criminosa em si, crime organizado por natureza, pode ser crime militar, de competência da Justiça Militar da união ou dos estados.

Mas, para que se tenha um crime militar à luz dessa realidade, mostra-se imprescindível que uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM seja encontrada no caso concreto, o que será possível em relação à lesão à ordem administrativa militar, conforme a alínea “e” desse inciso.

Como de costume, não há a pretensão de se construir uma proposta imune a críticas e erros, mas apenas uma sugestão para a reflexão que, ainda que contraposta, significará um ponto de partida para avaliar outros aspectos inerentes à nova realidade.

2 O ART. 9º DO CPM E OS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES

O art. 9º do CPM, ao tratar dos crimes militares em tempo de paz¹, impõe a necessidade de se realizar a tipicidade indireta, esmiuçada adiante, e o faz em três incisos.

No inciso I, não alterado pela Lei n. 13.491/17, trata-se dos crimes militares que encontram previsão apenas na lei penal militar, ou nela previstos de maneira diversa da legislação penal comum. São exemplos desses crimes o delito de motim (art. 149 do CPM), existente apenas no CPM; e o delito de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290 do CPM), que, comparado à legislação penal comum (arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006), possui elemento típico diverso, já que deve ser praticado, na modalidade do *caput*, em lugar sujeito à administração militar.

O inciso II do mesmo artigo foi o que sofreu a alteração pela Lei n. 13.491/17. Na precedente redação do inciso, os crimes militares em tempo de paz eram aqueles previstos no CPM, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados em pelo menos uma das hipóteses das alíneas do inciso. Pelo novo texto, após a Lei n. 13.491/17, os

¹ Frise-se que a lógica dos crimes militares em tempo de guerra, embora guarde semelhança com a aqui exposta, ainda mais após a Lei n. 13.491/17, está em outro dispositivo, o art. 10 do CPM.

crimes militares em tempo de paz deste inciso são aqueles previstos no Código Castrense e os previstos na legislação penal, desde que praticados nas mesmas hipóteses das alíneas.

Em simples análise redacional, percebe-se que existia uma premissa, uma *conditio sine qua nom* para a ocorrência do crime militar: a conduta deveria ser subsumida por um tipo penal incriminador constante do Código Penal Militar.

Essa premissa não mais existe, de maneira que tipos penais incriminadores constantes em toda a legislação penal, ainda que sem par no CPM, podem subsumir condutas que serão consideradas crimes militares, desde que sejam praticadas por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação (alínea “a” do inciso II), por militar em situação de atividade contra civil, militar reformado ou da reserva, em lugar sob administração militar (alínea “b” do inciso II), por militar em serviço ou atuando em razão da função contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “c” do inciso II), por militar em período de manobra ou exercício contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “d” do inciso II) ou por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar ou contra o patrimônio sob administração militar (alínea “e” do inciso II).

Surgem, assim, novos crimes militares denominados crimes militares extravagantes, crimes militares por equiparação à legislação penal comum ou crimes militares por extensão. Esses crimes militares, em adição, devem ser considerados impropriamente militares, para os fins que assimilam essa categoria, a exemplo do disposto na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal (CF) e do inciso II do art. 64 do Código Penal (CP), isso com a adoção da teoria clássica, malgrado posição doutrinária em sentido diverso (Assis, 2018, p. 38).

Exemplificativamente, o crime de aborto provocado por terceiro, previsto no art. 125 do CP, sem correlato no CPM, quando praticado por um militar da ativa contra uma gestante, também militar da ativa, será, em tese, crime militar (um crime militar extravagante), nos termos do disposto na alínea “a” do inciso II do art. 9º do Código Castrense.

Por fim, o inciso III do art. 9º do CPM trata dos crimes militares praticados por inativos (militares da reserva e reformados) e por civis, estes apenas na órbita da Justiça Militar da União.

Para o dispositivo, o inativo e o civil apenas cometem crimes militares quando houver atentado às instituições militares e, mesmo assim, em hipóteses bem definidas nas alíneas do inciso, ou seja, quando o crime for praticado contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar (alínea “a” do inciso III do art. 9º), em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo (alínea “b” do inciso III) – hipótese pouco provável na segunda parte, já que não existem mais os ministérios militares e que um fato praticado contra funcionário da Justiça Militar, integrante do Poder Judiciário, não significará atentado à instituição militar –, contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras (alínea “c” do inciso III) ou, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para esse fim, ou em obediência a determinação legal superior, hipótese de maior incidência, especialmente em curso de operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) e de Intervenção Federal com o emprego de militares das Forças Armadas.

O inciso III não sofreu alteração direta da nova Lei, mas como assimila os crimes do inciso II (“considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II”), a reboque, também conheceu ampliação.

À guisa de exemplo, um civil, ao ingressar em um quartel das Forças Armadas e subtrair um armamento da instituição, praticará um crime militar de furto (art. 240 cc alínea “a” do inciso III do art. 9º, todos do CPM). Também praticará crime militar o médico, militar da reserva, que, em hospital militar, provoque aborto sem o consentimento da gestante, militar da

ativa (no art. 125 do CP cc a primeira parte da alínea “b” do inciso III do art. 9º do CPM), neste caso último, um crime militar extravagante.

3 CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu organização criminosa e criminalizou, autonomamente, o ato de promovê-la, constituí-la, financiá-la ou integrá-la. Embora existam outras figuras delitivas trazidas pela lei, o principal tipo incriminador é este, disposto no art. 2º:

Art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

24

Tem-se aqui a constituição do crime organizado por essência ou por natureza. Percebe-se, entretanto, que a descrição típica parte do conceito de organização criminosa, conceito este trazido pela própria lei (norma penal em branco homogênea), no § 1º do art. 1º:

§ 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Esmiuçando o crime, tem-se que o bem jurídico tutelado é a paz pública, traduzida como “o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica” (Lima, 2016, p. 488), atingidos pela atuação da organização criminosa.

Disso se extrai, também, tratar-se de um crime vago, em que o sujeito passivo é a coletividade. A sujeição ativa não exige qualidade especial (crime comum), mas trata-se – buscando o conceito de organização criminosa do § 1º do art. 1º, necessário à adequação típica – de um crime plurissubjetivo, uma vez que há a necessidade de que quatro pessoas,

minimamente, pratiquem um dos verbos nucleares, de maneira estável e permanente (Cunha *et al.*, 2018, p. 1792).

Ainda sobre a sujeição ativa, sustenta-se que há condutas paralelas no concurso necessário, já que existe a mútua colaboração para o atingimento de um mesmo fim, em uma união estável e permanente. Não se exige que todos se conheçam reciprocamente, em função da possibilidade de divisão de tarefas, embora haja a necessidade, óbvio, de se detectar o liame subjetivo para a consecução de delitos. Também se reconhece o número mínimo de quatro pessoas ainda que um deles seja inimputável (*v.g.* menor de 18 anos) ou isento de pena (Lima, 2016, p. 490).

No que se refere aos elementos objetivos do tipo do art. 2º, destacam-se os verbos nucleares promover, constituir, financiar ou integrar.

Promover significa fomentar, dar condições concretas para a formação da organização. Constituir importa em formar, inaugurar a *societas criminis*. Financiar tem por compreensão dar o apoio financeiro necessário ou substancial, custear a empreitada criminosa organizada. Integrar, por fim, significa fazer parte, compor o grupo criminoso.

Verifica-se, portanto, tratar-se de tipo alternativo misto, no qual a prática de qualquer das condutas nucleares permitirá a subsunção típica, bem como, praticadas duas ou mais condutas no seio da mesma organização significará um único crime.

Todos os verbos nucleares estão relacionados a organização criminosa, conceito que no passado, quando vigente a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, era legalmente inexistente, mas passou a conhecer delineamento legal com a edição da Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Na atualidade, como acima exposto, o conceito está na própria Lei n. 12.850/13, no já transcrito § 1º do art. 1º, em interpretação autêntica contextual.

Além da necessidade de existência de mais de três pessoas – quatro ou mais, nos dizeres do dispositivo – a conformação de organização criminosa exige o modo estruturalmente ordenado da atuação, caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Importa, assim, que a atuação seja organizada de maneira que se reconheça uma estrutura empresarial, com estética hierarquizada, sistema de recrutamento de

integrantes, fracionamento da atuação de acordo com especialidades de cada membro, divisão territorial etc. Aponta-se, ademais, embora não exigido pela norma em si, a presença quase sempre verificada e um alto poder de intimidação e ligação estrutural ou funcional com o poder elemento subjetivo público ou com agente público (Lima, 2016, p. 489).

Por fim, há um especial do tipo caracterizado pelo objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Percebe-se que a vantagem buscada pela organização não carece ser necessariamente de ordem econômica, embora, em regra, esta seja a mais presente. Também não se exige que a obtenção ocorra diretamente pela atuação da organização, podendo lançar mão de interpostas pessoas, eventualmente a serviço do grupo.

Não há, textualmente, a exigência de que a vantagem seja ilícita ou indevida. Enxerga-se, aqui, um ponto falho da lei, pois seria ilógico admitir que o crime organizado buscaria uma meta lícita, visto que “o meio para alcançar referida vantagem se dá por intermédio da prática de infração penal, o que demonstra a ilicitude do proveito auferido” (Nucci, 2017, p.773).

O conceito, por fim, prestigia o modo de atuação, consistente na prática de infrações penais, grafando o *quantum mínimo* da pena (superior a 4 anos) ou exigindo que seja ela caráter transnacional.

A expressão infração penal permite a subsunção de crime ou contravenção – neste caso, frise-se, impossível de atender o *quantum* exigido – de qualquer natureza, de maneira que se o escopo da organização for a prática de delitos militares, haverá subsunção típica. Por essa razão, como destacado em sede introdutória, sempre se aceitou que os crimes organizados por extensão – rótulo dado a essas infrações penais – pudessem ser de competência da Justiça Militar.

Exemplificativamente, a organização para a prática de concussão por grupo de policiais militares, com o fim de obtenção de vantagem indevida, crime militar nos termos do art. 305 cc a alínea “e” do inciso II do art. 9º,

todos do CPM – cuja pena é de reclusão de 2 a 8 anos –, poderá ser considerada para a subsunção no crime de organização criminosa.

É possível, até mesmo, que os crimes militares extravagantes sirvam a essa tarefa, em um jogo de palavras em que a organização para a prática de crimes militares extravagantes sirva de parâmetro de subsunção para o crime militar extravagante de organização criminosa, qual pode ocorrer em casos em que quatro oficiais de uma Unidade, em funções de ordenador de despesas, fiscal administrativo, fiscal de contrato e recebedor do item ou do serviço atuem de maneira organizada a fraudar certame licitatório, nos termos do art. 96 da lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, cuja pena é de detenção de 3 a 6 anos.

Não é necessário, por outro lado, que essas infrações adjacentes (crimes organizados por extensão) sejam efetivamente praticadas para a caracterização da organização criminosa, mas, se isso ocorrer, haverá concurso material de crimes, conforme permite o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 2º (“sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”).

No que se refere ao *quantum* da pena exigido nos crimes organizados por extensão, não há muito o que expor, dado a ser um critério objetivo intransponível. Caso a infração penal instrumental possua pena máxima abstratamente fixada em até 4 anos, não haverá subsunção ao delito de organização criminosa.

No caso de infração penal transnacional, tem-se aquela que:

[...] transcende o território brasileiro, ou seja, que envolve águas ou solo ou espaço aéreo que vão além do território nacional, que abrange o solo, as águas internas, doze milhas de mar e o espaço aéreo respectivo. Na hipótese de o crime ultrapassar os limites do território brasileiro, será considerado transnacional, ainda que não envolva diretamente qualquer outro país soberano (Lima, 2016, p. 489).

O elemento subjetivo do delito em comento é o dolo, marcado pela característica do fim específico de obtenção de vantagem de qualquer natureza, utilizando a prática de infrações penais descritas no conceito de organização criminosa.

Consuma-se o delito com a simples junção das quatro ou mais pessoas para a consecução dos fins e pelos meios indicados, ainda que as infrações instrumentais, como já consignado, não sejam efetivamente perpetradas, o que caracteriza o crime como formal. Mais ainda, a execução pode se protrair no tempo, possuindo os agentes a possibilidade, o domínio para fazer cessá-la, tratando-se, então, de crime permanente.

A tentativa mostra-se impossível, pois ou o grupo é permanente e estável a ponto de configurar a organização criminosa, ou o fato será atípico.

4 TIPICIDADE INDIRETA E A SUBSUNÇÃO NO ESTUDO EM CURSO

Feuerbach (2007, p. 84, tradução nossa) – a quem se atribui, inclusive, a idealização, no início do século XIX, da fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* – aduz que:

O conjunto de características de uma ação ou realidade factual especiais que estão contidas no conceito de uma determinada classe de ações ilegais é chamado de tipo de crime (*corpus delicti*). A punibilidade objetiva depende da existência do tipo de crime em geral; a aplicação de uma determinada lei penal, de um determinado caso do respectivo tipo, o que pressupõe a lei aplicável como condição de sua consequência legal.²

O tipo penal, é sabido, pode possuir elementos descritivos, de fácil percepção sensorial, normativos, que exigem valoração, juízo de valor³, e subjetivos, que são dados de referência psíquica positivados pelo modelo

² “El conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales que están contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llama el *tipo del crimen (corpus delicti)*. La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general; la aplicación de una ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica”.

³ A doutrina aponta duas espécies de elementos normativos: 1º) *elemento normativo jurídico* – o que depende de interpretação jurídica (ex.: funcionário público, documento etc.); 2º) *elemento normativo extrajurídico ou moral* – o que depende de interpretação não jurídica (ex.: mulher “honesta”). A propósito da palavra “honesta”, lembre-se de que, por força da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, tal elemento normativo foi extinto no Direito Penal comum, remanescendo, entretanto, no Direito Penal Militar, no art. 407 do Código Castrense.

ideal do legislador, visão que remanesce doutrinariamente, ainda que se leve em consideração a influência neokantista do Código Penal Militar.

Tomando-se essa realidade, por tipicidade deve-se entender a perfeita subsunção do fato material à descrição penal do tipo, ou seja, alcança-se a tipicidade com a satisfação dos elementos constitutivos, constantes de um modelo tipológico imaginado pelo legislador e efetivamente positivado no ordenamento jurídico.

A subsunção pode ser direta, restringindo-se ao tipo incriminador em espécie, ou indireta, traduzida por uma tipicidade carecedora de complemento por outra norma contida na Parte Geral dos Códigos, a exemplo da tentativa, concurso de pessoas etc. (Mirabete, 2008, p. 115).

Neste ponto, já foi acima suscitado, há uma singularidade dos tipos penais militares, porquanto pode-se afirmar que todos os crimes militares que possuam idêntica tipificação na legislação penal comum, ou apenas nesta previstos – conforme a nova redação do inciso II do art. 9º do CPM, trazida pela Lei n. 13.491/17 –, caracterizam-se por uma tipicidade indireta (ou adequação típica de subordinação mediata). É dizer que tais crimes carecem, para sua perfeita tipificação, além do preenchimento de elementos típicos existentes no tipo penal incriminador em espécie, de complementação da Parte Geral do CPM.

Nesse sentido, as lições de Scarance Fernandes (2007, p. 161), embora anteriores à Lei n. 13.491/17, ainda são profícuas:

Examinando-se os três incisos do art. 9º, percebe-se que os crimes militares são de tipificação direta e tipificação indireta. Segundo o inc. I, para os crimes militares próprios basta a descrição típica da Parte Especial: tem-se aí crimes de tipificação direta. Mas os crimes impropriamente militares exigem, para sua tipificação, além dos elementos descritos na Parte Especial, outros dados que constam das alíneas do inc. II. Também são de tipificação indireta os crimes do inc. III, caracterizados pela conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial com os elementos que o inciso contempla.

Nitidamente, o autor reconhece nos incisos II e III a necessidade de representar a tipicidade indireta, restando saber como ela pode ser encontrada para adjetivar o crime de organização criminosa – desde que preenchidos,

preliminarmente os elementos do tipo penal incriminador, acima esmiuçados – como um crime militar extravagante e isso não pode ser feito sem que se tenha o resgate enfático do bem jurídico tutelado pelo crime da Lei n. 12.850/17.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 488) dispõe que:

Nos mesmos moldes que a nova figura delituosa de associação criminosa inserida no art. 288 do Código Penal, cuida-se, o crime de organização criminosa, de infração penal contra a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem de proteção jurídica, que, pelo menos em tese, se veem atingidos pela *societas criminis*.

De chofre, percebe-se que, pela concepção do objeto de tutela na norma, tem-se a coletividade como sujeito passivo do delito, caracterizando-se, conforme já mencionado, em um crime vago.

30 Composto essa conclusão com a necessidade de adequação típica de subordinação mediata (tipicidade indireta) às hipóteses das alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM, com o fito de caracterizar o delito como militar, há que se afastar as hipóteses que contemplem pessoa natural no polo passivo, ou seja, tratando-se aqui de um crime vago, não será possível subsumir a conduta em alíneas dos incisos II e III que prestigiem crimes praticados contra militar da ativa, contra civil, militar da reserva e militar reformado – ressalte-se a inexistência, na ordem jurídica atual, da figura do assemelhado (Neves; Streifinger, 2014, p. 123-5) –, restando, enfim, apenas as alíneas “e” do inciso II e “a” do inciso III do art. 9º, que encerram crimes cometidos contra o patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar.

Afasta-se, ademais, a possibilidade de subsunção da conduta, para caracterizar o crime de organização criminosa, no atentado ao patrimônio sob a administração militar, pois, ainda que se pratiquem crimes patrimoniais no seio da organização criminosa, sobressai a tutela da paz pública e não do patrimônio que, claro, servirá para a conclusão pela tipicidade de outros delitos (crime organizado por extensão) – como também pode ocorrer em casos de crimes praticados, pela organização criminosa, contra a pessoa, contra a administração pública etc. – visto que, retome-se, o preceito

secundário do art. 2º da Lei n. 12.850/13, ao dispor que a pena do crime é aplicada “sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas” possibilita o concurso de crimes.

Dessa maneira, pode-se concluir que o crime de organização criminosa será crime militar nas hipóteses das alíneas “e” do inciso II (no caso de autores militares da ativa) e “a” do inciso III (no caso de autores militares inativos ou civis) do art. 9º do CPM, especificamente quando praticado contra a ordem administrativa militar.

Urge, então, buscar delinear a ordem administrativa militar, inaugurando a incursão pela doutrina.

A expressão, diga-se de saída, é idêntica à que existia na alínea “e” do inciso II do art. 6º do anterior Código Penal Militar, o Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de Janeiro de 1944, e, partindo deste ponto, lembra Enio Luiz Rossetto (2015, p. 125-6):

O legislador não foi feliz ao utilizar a expressão *ordem administrativa militar*. Silvio Martins Teixeira, ao comentar o Código Penal Militar de 1944, lembrava que no Código Penal Militar de 1891 havia o Título denominado *Dos crimes contra a ordem econômica e administrativa militar*, que o Código de 1944 mudou para *Dos crimes contra a administração militar*. Há controvérsia na doutrina. Jorge Alberto Romeiro entende que são crimes contra a *ordem administrativa militar* os crimes dos Títulos VII (*Dos crimes contra a administração militar*) e VIII (*Dos crimes contra a administração da Justiça Militar*) e conclui que a expressão não pode ser aceita porque os bens jurídicos tutelados nos dois Títulos acima referidos são diversos, não se confundem: no primeiro, é o funcionamento da Administração Militar; no segundo, é o funcionamento da Justiça Militar. Nesse passo, com a devida vênia, tem razão Célio Lobão quando define que o crime contra a *ordem administrativa militar* é aquele que “atinge a organização, a existência e a finalidade das Forças Armadas, bem como seu prestígio moral”. A expressão *ordem administrativa militar* tem sentido mais amplo.

Com efeito, Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 82) prefere o caminho da enumeração dos crimes contra a ordem administrativa militar e não o da definição da expressão, opção diversa de Célio Lobão (2011, p. 120), que busca conceituar na forma apontada por Rossetto ou, mais recentemente,

como “conjunto de leis, regulamentos, atos legais de autoridade militar competente, indispensável ao funcionamento das instituições militares, ao cumprimento da sua destinação constitucional ou legal”.

Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz (2008, p. 47) unem os dois critérios, ou seja, buscam definir a expressão, mas indicam também quais crimes a preencheriam:

A ordem administrativa militar diz respeito às infrações que atingem a organização, existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar. Esses delitos encontram-se elencados nos artigos 298 a 339 do Código Penal Militar.

Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 125) incursionaram com mais detalhes na expressão, na seguinte senda:

O conceito de ordem administrativa militar é um pouco mais amplo e vai versar sobre tudo que puder causar transtorno à administração militar, ou, no dizer de Célio Lobão: “(...) segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, são infrações que atingem a organização, a existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar (HC n. 39.412, RTJ 24/39”. Bem elucidativo e difícil de refutar, ao menos racionalmente. Dentre outras hipóteses, podemos destacar a fé pública da administração militar que estará em xeque sempre que houver um crime de falsum relativo a documentos cuja expedição caiba à administração militar, ainda que em atribuições diversas de sua atividade-fim [...].

Assiste razão a Marreiros, Rocha e Freitas, assim como a Rossetto, ao buscarem ampliar a compreensão da expressão, de maneira que não se deve limitar sua aplicação apenas em determinados tipos de crimes, com foco na capitulação trazida pelo CPM, mormente após a Lei n. 13.491/17, que permite a configuração de crimes militares sequer previstos no Código Castrense. Os que buscavam a limitação pela enumeração de um rol, em outros termos, perderam a premissa de raciocínio, qual seja, a de que todo crime militar deveria estar capitulado no CPM.

Essa visão mais abrangente, ademais, confirma-se no plano jurisprudencial, em que podem ser destacados alguns julgados – anteriores e posteriores à Lei n. 13.491/17 – que torneiam a ordem administrativa militar

de maneira mais ampla e que respaldam a tese de que pode ela servir, quando aviltada, de hipótese configuradora de crime de organização criminosa militar.

No Superior Tribunal Militar, tome-se o Habeas Corpus n. 100-11.2013.7.00.0000/BA, que teve como relator o Ministro William de Oliveira Barros e foi julgado em 13 de junho de 2013. Destaca-se nele o reconhecimento de que o crime de concussão atenta contra a ordem administrativa militar e, portanto, possível o enquadramento na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM.

O julgado trata de um delito contra a administração pública, espécie muito comum no âmbito de organizações criminosas, linha de raciocínio que, ainda que firmada anteriormente à Lei n. 13.491/17, conduz à possibilidade de se entender que a prática organizada de crime de concussão – cuja pena máxima supera os 4 anos de reclusão – por 4 ou mais pessoas integrantes, por exemplo, de uma instituição militar, além da moralidade administrativa própria de tutela do crime de concussão, fere a paz pública no âmbito da instituição militar, facetas da ordem administrativa militar.

Caso muito interessante há no Superior Tribunal de Justiça. Já se viu acima, na lição de Renato Brasileiro sobre o bem jurídico protegido pelo crime de organização criminosa, sua identidade com o crime de associação criminosa do art. 288 do Código Penal, de maneira que a construção para caracterizar este como crime militar aproveitará àquele.

Em decisão monocrática no Recurso Especial n. 1.675.636/RJ, o Ministro Ribeiro Dantas, em 3 de abril de 2018, negou provimento ao remédio, com base no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do Tribunal, tendo como argumento de decisão o reconhecimento de que, após a Lei n. 13.491/17, o processo e julgamento do crime de associação criminosa, praticado nas hipóteses do inciso II do art. 9º, devem-se dar perante a Justiça Especializada, a Justiça Militar.

Assim como no caso da organização criminosa, a associação criminosa, para se tornar crime militar, deve ser praticada de maneira tal que fira a ordem administrativa militar, o que dá ímpar relevância, no contexto apresentado, à decisão mencionada.

Por fim, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, mesmo que anterior à Lei N. 13.491/17, importante construção há no *Habeas Corpus* n. 113.950/DF, julgado em 27 de novembro de 2012, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

Tratou-se, no caso, de crime de corrupção ativa praticado por civil contra a administração militar, reconhecendo-se a ofensa à ordem administrativa militar. Decidiu-se, com propriedade:

[...].

II - E competente, portanto, a Justiça castrense para processar e julgar o paciente, pela prática do delito de corrupção ativa, por força do art. 9º, III, a, do Código Penal Militar e do art. 124 da Constituição Federal. Precedentes.

III - O ato praticado pelo paciente ofendeu diretamente a ordem administrativa militar e sua fé pública, com reflexos na credibilidade da Instituição Militar e na lisura dos cadastros por ela mantidos, restando configurada a prática de crime militar de modo a justificar a competência da justiça castrense.

[...].

Repete-se aqui a lógica que foi demonstrada na apreciação acima do julgado do Superior Tribunal Militar – crime contra a administração pública fere a moralidade administrativa e, praticado por 4 ou mais pessoas no âmbito da administração militar, considerada a pena máxima superior a 4 anos, fere a paz pública no contexto da instituição (outra faceta da ordem administrativa militar) e, portanto, pode se configurar em crime de organização criminosa militar – com a adição da possibilidade de prática por civil, atraindo a subsunção para a alínea “a” do inciso III do art. 9º do CPM.

Resuma-se, portanto, que o crime de organização criminosa, quando afrontar a ordem administrativa militar, será passível de enquadramento na alínea “e” do inciso II (quando os sujeitos ativos forem militares da ativa) ou na alínea “a” do inciso III (quando os sujeitos ativos forem militares inativos ou civis), ambos do art. 9º do CPM. Ordem administrativa militar, por sua vez, é compreendida como a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. (Neves; Streifinger, 2014, p. 325). Delitos contra a ordem administrativa militar, repise-se, são “as

infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”⁴.

Nesses termos, evidentemente, quando o grupo criminoso tiver relação com a instituição militar colocando em xeque seu prestígio, sua existência e, principalmente, sua missão constitucional, haverá argumento para reconhecer a afronta à ordem administrativa militar e, em consequência, subsumir o fato nas alíneas apontadas dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

Haverá essa afronta, por exemplo, no caso de a organização ser composta por policiais militares que ajustem os passos do grupo ou pratiquem as infrações instrumentais em serviço (tráfico de drogas, homicídio etc.), porquanto essa situação está evidentemente indo de encontro ao mister constitucional das Polícias Militares, descrito no § 5º do art. 144 da Constituição Federal, resumido no binômio polícia ostensiva e preservação da ordem pública.

Também haverá afronta à ordem administrativa militar nos casos em que militares das Forças Armadas, em atuações ligadas à Força respectiva (licitação, contratação, pagamento, formação, licenciamento ou autorização, certificação etc.), organizem-se para a obtenção de vantagem, tendo como meio a prática de crimes contra a administração militar (peculato, concussão, corrupção passiva etc.) ou contra o hígido certame licitatório, uma vez que a moral administrativa, portanto, o prestígio da instituição estará maculado.

Não se pode afastar, por fim, que, no bojo da organização criminosa, existam civis, como sói acontecer no ajuste próprio de uma fraude em licitação, quando, regra geral, o fornecedor, não militar, participará do ajuste, com sua contribuição criminosa definida pelo grupo. Neste caso, o civil responderá pelo crime militar de organização criminosa na Justiça Militar, desde que em âmbito federal, visto que para a Justiça Militar da União, com competência desenhada pelo art. 124 da Constituição Federal, não existe a limitação para jurisdicionados civis, ao contrário do que ocorre com as Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal, cuja competência, pelo § 4º do art. 125 da Constituição Federal, está atrelada apenas a militares do Estado.

⁴ STF, Pleno, Habeas Corpus n. 39.412/RJ, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 12.09.1962.

5 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E QUESTÕES ESPECÍFICAS

Uma vez aceita a possibilidade de crime militar de organização criminosa, há que se firmar a competência da Justiça Militar (da União e dos Estados e do Distrito Federal), uma competência material, portanto absoluta que deve, necessariamente, ser observada, nem mesmo admitindo prorrogação, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil.

Essa definição de competência faz com que situações peculiares do Direito Militar, substantivo e adjetivo, sejam avaliadas, algumas delas destacadas a partir de agora.

36 Tenha-se como ponto de partida o comando de que, em regra, incorporando-se o crime de organização criminosa ao universo dos crimes militares, o parâmetro legal para a aplicação de institutos de Parte Geral do Direito Penal será o CPM, isso por restrição trazida pelo art. 12 do CP, cuja mensagem pode ser compreendida na afirmação de que sua Parte Geral apenas será aplicada a crimes definidos em legislação especial quando esta não dispuser de modo diverso.

Entende-se, assim, que ao ser incorporado pelo Direito Penal Militar por norma contida no CPM (nova redação do inciso II do art. 9º), deve ser aplicada a Parte Geral do Código Castrense, assimilando as disposições relativas ao erro, à teoria diferenciadora do estado de necessidade etc., para a análise do crime de organização criminosa militar. Essa é a regra geral, permitindo-se em casos de extrema lesão ao princípio da culpabilidade a aplicação de dispositivos do Código Penal (comum), como, aliás, já ocorre em relação à compreensão do erro de direito e do crime continuado.

Em sequência, fixada a premissa de aplicação da Parte Geral do CPM, deve haver a investigação de alguns aspectos materiais próprios da construção.

A primeira questão, nesse caminho, está na majorante de emprego de arma de fogo, prevista no § 2º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, que assim dispõe que as “penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo”.

Verifica-se que a causa de aumento de pena – aferida em última fase do critério trifásico de aplicação da pena – não se refere amplamente a arma, como regularmente fazem alguns tipos penais militares (v.g. art. 157, § 2º, do CPM), mas apenas a arma de fogo, afastando-se a arma branca e armas impróprias.

A peculiaridade do Direito Militar neste caso está na constatação de que, em sendo os agentes militares, em especial policiais militares, a atuação será, muito provavelmente, com o porte de arma de fogo, instrumento de trabalho próprio da carreira.

Diante dessa realidade, por óbvio, para o reconhecimento da majorante se mostra necessário que a arma seja efetivamente empregada, para a prática de violência física ou moral, não bastando que os agentes estejam armados, como se estuda no crime de revolta (art. 149, p.u., do CPM).

Ainda no âmbito substantivo, deve-se avaliar a circunstância agravante específica – aferível em segunda fase da aplicação da pena – trazida pelo § 3º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, segundo o qual a “pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução”.

Sobre essa previsão é de fundamental importância lembrar que ao crime de organização criminosa, embora plurissubjetivo, não se aplica a maior reprovabilidade para os cabeças, assim compreendidos na descrição dos §§ 4º e 5º do art. 53 do CPM, pelo simples motivo de que a punição dos cabeças é dada pelo preceito secundário de crimes militares específicos, ora como causa de aumento de pena (art. 149 do CPM), ora como espécie de

qualificadora (art. 142 do CPM). Também não se aplica a circunstância própria do concurso de pessoas prevista no inciso I do § 2º do art. 53 do CPM, sob pena de *bis in idem*. Aplica-se, enfim, a agravante específica do crime de organização criminosa em detrimento dos dois dispositivos do CPM apontados.

O concurso de funcionário público como causa de aumento de pena também deve ser estudado de maneira peculiar. Pelo inciso II do § 4º do art. 2º da Lei em foco, as penas são aumentadas de 1/6 a 2/3 se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal, aferição que deve ocorrer em última fase de aplicação da pena.

38 Importante, aqui, averiguar se a causa de aumento de pena pode vingar em casos em que a organização criminosa for composta por funcionário público, no caso em discussão, por militares do Estado ou do Distrito Federal, ou, ainda, das Forças Armadas.

A resposta é em sentido afirmativo. O propósito da norma é reconhecer a maior lesividade do delito quando há o envolvimento de funcionário público – tomando-se por parâmetro o disposto no art. 327 do Código Penal (comum) – não havendo razão para se negar a causa de aumento de pena quando o envolvimento for de militar, mesmo que todo o grupo seja de militares. Ora, se a coautoria ou participação de funcionário público traz maior lesividade à paz pública, permitindo a maior reprovabilidade, com muito mais razão deverá haver a mesma repugnância quando todo o grupo for composto por funcionário público.

Não há, na descrição típica do delito, em soma, elementar de funcionário público, militar ou não, ainda que, em regra, haja a conexão com órgão público ou agente público.

Dessa maneira, não há que se falar em *bis in idem* no reconhecimento da causa de aumento de pena.

Ainda como aspecto material vislumbrado como específico no Direito Castrense está a pena de multa cominada no preceito secundário. De partida, tem-se que o art. 55 do CPM, ao tratar das penas principais, não contempla a pena pecuniária, devendo-se avaliar se essa pena, prevista cumulativamente no preceito secundário do delito de organização criminosa, pode ou deve ser aplicada na Justiça Militar, especialmente diante da premissa eleita acima de aplicação da Parte Geral do CPM.

Enxerga-se aqui uma exceção à regra (premissa), ou seja, será necessário buscar a lógica do Direito Penal Comum para a aplicação desta pena, de aplicação obrigatória no delito estudado. A razão para essa conclusão é muito simples e está atrelada ao princípio da culpabilidade.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 275-6), o vocábulo culpabilidade apresenta-se em três acepções em Direito Penal. Assim, sobejamente, esclarece:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Exatamente na segunda acepção trazida pelo autor parece residir a questão sobre a aplicação da pena de multa no Direito Penal Militar, pois, se

aplicar uma pena em qualidade ou quantidade não previamente expressas na norma penal fere o princípio da culpabilidade – e também da legalidade, óbvio –, a não aplicação de uma pena de imposição obrigatória trazida pela norma também fere o mesmo primado.

Acrescente-se que, bem se sabe, o tipo penal incriminador é composto de preceito primário, com a descrição típica, e de preceito secundário, com a definição prévia da pena.

Trazer para o Direito Penal Militar apenas a descrição típica seria negar a unicidade do tipo penal incriminador, em verdadeira inovação legislativa por quem não é detentor desse mandato.

Em conclusão, portanto, deve-se aplicar a pena de multa na Justiça Militar em casos de condenação pelo delito de organização criminosa.

Por derradeira observação específica, de direito material, para os militares está a disposição do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13:

§ 6º - A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Interessa, especificamente, a perda do cargo (graduação de praças e posto dos oficiais), um efeito extrapenal da condenação, de natureza obrigatória e automático, sequer, por essa razão, carecendo fazer parte da exordial acusatória.

No que concerne a praças das Forças Armadas, nada obsta a efetivação desta consequência da condenação. Entretanto, no caso de praças das Forças Auxiliares, a aplicação do mencionado § 6º conhece visão limitadora pelo disposto no art. 125, § 4º, da CF. Por esse dispositivo, constitucional, somente seria possível a perda de graduação de praça das Forças Auxiliares por decisão de Tribunal competente, notadamente os Tribunais de Justiça Militar dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e

Minas Gerais, ou, nas demais Unidades Federativas, onde não há Corte Castrense de segundo grau, dos Tribunais de Justiça.

Em outros termos, há entendimento no sentido de que o dispositivo constitucional possui uma eficácia ampla, de sorte que toda perda de graduação de praça das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares em razão de condenação criminal como efeito da condenação ou mesmo à luz da pena acessória do art. 102 do CPM deveria passar pelo crivo da segunda instância. Nessa linha, havendo condenação, por exemplo, por tortura ou por organização criminosa, a condenação transitada em julgado deveria ser, por representação do Ministério Público, levada à apreciação do tribunal competente. Essa parece ser a visão dominante, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, conforme se extrai do Acórdão proferido nos autos da Perda de Graduação de Praça n. 560/01, julgado em 8 de fevereiro 2006, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior. Em trecho do Acórdão (fls. 3 e 4), decidiu-se:

A defesa pugnou pela improcedência da Representação alegando que a perda do cargo ou da função não foi aplicada como efeito da condenação, conforme prevê o artigo 92, I, do Código Penal brasileiro. E, na sequência, observou que, na hipótese de procedência da Representação, os efeitos previdenciários decorrentes da inatividade do Representado deveriam ser preservados. Atente-se que, na espécie, nem haveria de se falar na previsão contida no Código Penal. Aplicável seria o artigo 102 do Código Penal Militar. Prevía este artigo a exclusão imediata da praça que fosse condenada a pena superior a dois anos. Todavia, conforme já sedimentado, este artigo foi derogado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional estabeleceu, então, a competência deste Tribunal para decidir sobre a perda da graduação das praças, afastando tanto a exclusão automática quanto o tempo mínimo da condenação criminal. Desse modo, para que o Ministério Público ofereça a Representação a ser analisada por este E. Tribunal, basta a existência de uma condenação criminal transitada em julgado, seja ela qual pena for.

Por outro enfoque, também existe construção segundo a qual, como o art. 125 da Constituição da República diz respeito ao estabelecimento de

competência das Justiças Militares dos Estados, a previsão constante na última parte do § 4º desse artigo deve ficar contida à competência criminal da Justiça Militar dos Estados, ou seja, apenas aplicável aos crimes militares, o que abrangeria também, após a Lei n. 13.491/17, o crime de organização criminosa, de tortura e de abuso de autoridade.

Por essa compreensão, havendo condenação de praça da Polícia Militar, por exemplo, por tortura, na Justiça Comum, a condenação transitada em julgado bastaria para que a Administração Militar executasse a sentença, excluindo o militar das fileiras, seja por um ato chamado de exoneração, seja por uma demissão, conforme ditado por legislação estatutária, como ocorre neste último caso com o previsto na alínea “b” do inciso II do art. 23 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

42

De outro lado, em havendo condenação pela Justiça Militar Estadual por crime militar, incluindo os crimes militares extravagantes como a organização criminosa, necessária a decisão do órgão de segundo grau competente para a efetivação da perda de graduação de praça.

Como referência dessa visão, tome-se, no Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 47.846/MG, julgado em 11 de dezembro de 2009, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes:

CRIME. TORTURA. PERDA. CARGO. O paciente, na condição de policial militar, teria sido omissos ao não impedir que os outros milicianos praticassem, nas dependências do batalhão policial, tortura contra duas pessoas, sendo que uma delas veio a falecer em razão das agressões sofridas. Foi condenado como incurso nas penas do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.455/1997. Sustenta a defesa que o paciente não teve conhecimento do fato delituoso, não estando sequer presente quando das agressões, ficando clara a equivalência ou paridade entre a situação dos acusados absolvidos e a dele. Mas o Min. Og Fernandes, Relator, entende que a pretensão não merece guarida uma vez que a imputação recaída sobre o paciente – de ter-se omitido em face do cometimento de prática de tortura – encontra amparo no decidido pelas instâncias ordinárias, que se lastreiam no conjunto probatório.

Também porque, na condição de policial militar, o paciente tinha o dever legal de evitar a prática de crime ocorrido nas dependências do estabelecimento em que trabalhava. Há de se acrescer ainda o relato das testemunhas, segundo as quais os pedidos de socorro eram ouvidos de suas casas. Assim, fica afastada a alegação de que, por estar junto ao portão de entrada do prédio, não haveria meios de ter ciência das violências perpetradas. Finalmente, o pedido demanda revolvimento do conjunto fático probatório, providência incompatível com a via eleita. **Quanto à pretensão de afastar as penas acessórias da perda do cargo e impedimento de exercer outra função pública pelo período de dois anos, destacou o Min. Relator que a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal é que, nos crimes de tortura, a perda do cargo é efeito automático e obrigatório da condenação. Assim, não haveria sequer a necessidade de fundamentar a medida.** Dessa forma, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros Celso Limongi e Nilson Naves, que a concediam. Prec edentes citados do STF: HC 92.181-MG, DJe 1º/8/2008; do STJ: HC 40.861-MG, DJ 2/5/2005; HC 97.195-SP, DJe 19/10/2009; HC 95.335-DF, DJe 4/8/2008; HC 106.995-MS, DJe 23/3/2009; REsp 799.468-AP, DJ 9/4/2007, e HC 92.247-DF, DJ 7/2/2008.

Essa também a visão construída no Supremo Tribunal Federal, como se extrai da decisão monocrática, datada de 29 de abril de 2011, em que o Ministro Dias Tóffoli, nos autos do Recurso Extraordinário n. 568.423/SP, consignou:

Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que **“à Justiça Militar Estadual compete decidir sobre a perda da graduação de praças somente quando se tratar de crime em que a ela caiba processar e julgar, ou seja, crimes militares”** (RE 602.280/SC-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 10/3/11).

Perfilhando nesse entendimento, destaco precedentes:

“CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. EXPULSÃO. C.F., art. 125, § 4º, I. A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do

Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. R.E. não conhecido” (RE n. 199.800/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 4/5/01);

“**Praça da Polícia Militar. Licenciamento por conveniência do serviço. Competência. Falta de questionamento das questões relativas aos incisos LIII, LV e LVII do art. 5º da Constituição. Por outro lado, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 199.800, apreciando caso análogo ao presente, decidiu, quanto à alegação de ofensa ao artigo 125, § 4º, da Constituição, que a prática de ato incompatível com a função militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, não se havendo de invocar julgamento pela Justiça Militar Estadual, porquanto a esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças somente como pena acessória dos crimes que a ela couber decidir. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido**” (RE n. 283.393/ES, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 18/5/01).

O acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao decretar a perda da graduação de praça do recorrente, condenado pelo Juízo comum à pena de três anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 121, **caput**, c/c os arts. 14, inciso II, e 73, todos do Código Penal (fls. 19/20). Portanto, merece ser reformado.

Aliás, outro não foi o entendimento do Ministério Público Federal ao consignar que “**competiria ao Presidente do Tribunal do Júri cominar ao recorrente a pena de perda da graduação, porquanto a referida reprimenda acessória deveria ter sido imposta pelo Tribunal competente para processá-lo e julgá-lo**” (fls. 145). Ante o exposto, forte na jurisprudência da Corte, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento (art. 21, § 2º, do RISTF), sem, contudo, obstar que eventual procedimento administrativo disciplinar seja instaurado para apurar a questão.

Muito embora os precedentes citados pelo Supremo Tribunal Federal se refiram mais à possibilidade de aplicação de sanção disciplinar de forma autônoma da apreciação do Tribunal de Justiça Militar, evidenciam eles, assim como a própria decisão transcrita, que a previsão final do § 4º do art. 125 da Constituição Federal possui interpretação restrita aos crimes de competência da própria Justiça Militar, ou seja, nos casos de crimes militares.

A visão exposta também é presente em decisões colegiadas, como o caso do RHC n. 104.571/AC, julgado pela Primeira Turma do Supremo

Tribunal Federal, em 18 de outubro de 2010, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Conclua-se, portanto, que para praças das Forças Armadas não há óbices para a efetivação do efeito da condenação do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 em primeira instância da Justiça Militar da União. Para praças das Forças Auxiliares, em sendo a condenação pelo crime de organização criminosa na Justiça Militar, a perda do cargo, coincidente com a perda da graduação, deverá se dar pelo órgão de segunda instância da Justiça Militar, em observância ao § 4º do art. 125 da Constituição Federal.

O caso dos oficiais também passa por uma compreensão constitucional, especificamente pelos incisos VI e VII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, aplicáveis aos oficiais das Forças Armadas, mas que aproveita também aos oficiais das Forças Auxiliares, por previsão do § 1º do art. 42 também da Constituição.

Dispõem os incisos:

VI - oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

Claramente, a previsão constitucional trabalha com duas situações. No inciso VI, tem-se um direito do oficial de somente perder o posto e a patente, entenda-se, o cargo, por decisão de tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz, ou seja, decisão do Superior Tribunal Militar no âmbito federal e dos Tribunais de Justiça Militar (ou Tribunal de Justiça, nas Unidades Federativas onde eles são inexistentes), na órbita dos Estados e do Distrito Federal.

No outro inciso, o VII, tem-se a imposição para o julgamento do inciso VI nos casos da condenação por qualquer crime à pena privativa de liberdade acima de 2 anos.

Para o estudo em curso – aplicação da perda de cargo como efeito da condenação pelo crime de organização criminosa –, os dois incisos são aplicáveis, visto que a previsão do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 não exige quantidade de condenação para a perda do cargo, permitindo enquadramento no inciso VI do § 3º do art. 142 da CF, mas, tendo por foco o preceito secundário do delito em comento (reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas), a pena mínima será sempre superior a 2, impulsionando o inciso VII no mesmo parágrafo e artigo da Constituição.

Em ambos os casos, portanto, sempre haverá a necessidade da decisão do órgão de segunda instância, o que confere, na visão de alguns doutrinadores, vitaliciedade aos oficiais. Nesse sentido, consigna Antônio Pereira Duarte (1995, p. 59 e 60), ao comentar dispositivo constitucional anterior, mas de igual teor ao atualmente existente:

Contudo, em razão da natureza vitalícia do cargo que ostenta, o oficial somente poderá ter suprimido o posto e a patente mercê de sentença judiciária. Isto equivale dizer que jamais o oficial será demitido do serviço público pura e simplesmente, visto que a vitaliciedade ínsita ao cargo que ocupa, o torna invulnerável ao ato demissional. Somente por via da declaração judicial de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, é que decorrerá a demissão ex officio do militar assim considerado indigno ou incompatível com a sua alta posição hierárquica.

Particularmente no caso do Superior Tribunal Militar, o rito processual está disciplinado nos arts. 112 a 114 de seu Regimento Interno, no qual se trata da Representação para a Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato.

Com o trânsito em julgado da sentença da Justiça comum ou militar que haja condenado o Oficial das Forças Armadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o Procurador-Geral da Justiça Militar formulará Representação para que o Tribunal julgue se o representado é indigno ou incompatível para com o oficialato. Embora a norma regimental trate apenas da condenação superior a dois anos, não se pode negar que, em casos outros de condenação criminal que fomente a perda do cargo, independentemente da pena aplicada, haverá também a necessidade dessa mesma representação perante o Superior Tribunal Militar, por imposição do inciso VI do § 3º do art. 142 da CF, acima transcrito.

Entretanto, a exemplo do que ocorre com praças das Forças Auxiliares, existe entendimento de que a prerrogativa de perda de posto e patente do oficial das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares por decisão de Tribunal Militar deve apenas ser reconhecida quando a condenação geradora for da Justiça Militar, também com arrimo no § 4º do art. 125 da CF, que igualmente fala em competência do Tribunal para declarar a perda do posto dos oficiais.

Nesse sentido, o Emb. Decl. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Ag. de Instrumento n. 769.637/MG, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 26 de junho de 2013, sob relatoria do Ministro Celso de Mello:

CRIME DE TORTURA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR – PERDA DO POSTO E DA PATENTE COMO CONSEQUÊNCIA NATURAL DESSA CONDENAÇÃO (LEI Nº 9.455/97, ART. 1º, § 5º) – INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO, PELO FATO DE O CRIME DE TORTURA NÃO SE QUALIFICAR COMO DELITO MILITAR – PRECEDENTES – SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE

– INADMISSIBILIDADE – PRONTO CUMPRIMENTO DO JULGADO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DAS DECISÕES EMANADAS DO TRIBUNAL LOCAL – POSSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. TORTURA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PERDA DO CARGO COMO EFEITO AUTOMÁTICO E NECESSÁRIO DA CONDENAÇÃO PENAL. - O crime de tortura, tipificado na Lei nº 9.455/97, não se qualifica como delito de natureza castrense, achando-se incluído, por isso mesmo, na esfera de competência penal da Justiça comum (federal ou local, conforme o caso), ainda que praticado por membro das Forças Armadas ou por integrante da Polícia Militar. Doutrina. Precedentes. - A perda do cargo, função ou emprego público – que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – UTILIZAÇÃO PROCRASTINATÓRIA – EXECUÇÃO IMEDIATA – POSSIBILIDADE. - A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPP, art. 620), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. - O propósito revelado pelo embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi desfavorável – valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis –, constitui fim que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento. Precedentes.

48

Ao se aceitar o crime de organização criminosa como crime militar extravagante, com a condenação pela Justiça Militar Estadual, na linha do precedente apontado, a perda do cargo (perda do posto e da patente) exigirá decisão do Tribunal de Justiça Militar.

No que se refere aos oficiais das Forças Armadas, inexistindo norma paritária ao art. 125, § 4º, da CF, parece evidente que a perda do cargo (perda

de posto e patente) deve ser por decisão do Superior Tribunal Militar, aplicando-se os incisos mencionados do § 3º do art. 142 da CF.

No aspecto processual, ligado às garantias e aos procedimentos consequentes da conclusão pela prática de crime de organização criminosa, tem-se, primeiro, que as possibilidades investigativas, rotuladas como meios de obtenção de prova (colaboração premiada, captação ambiental, ação controlada, infiltração de agentes etc.), no art. 3º da Lei n. 12.850/13, são perfeitamente possíveis na persecução criminal militar, no contexto de uma organização criminosa militar (Lima, 2016, p. 489; Neves, 2018, p. 301), com toda substância das discussões doutrinárias e jurisprudenciais já travadas.

Mas há aspectos mais peculiares que merecem atenção no Direito Castrense.

O § 7º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 dispõe que se “houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

O dispositivo tem maior relevância, em sua primeira parte, para a persecução criminal militar em âmbito dos Estados, quando os indícios de participação recaírem sobre policiais militares.

Neste caso, obrigatoriamente, a investigação deve se dar por procedimento instaurado pela Corregedoria da Polícia Militar a que pertencem os agentes, excepcionando-se os demais critérios para a instauração de inquérito policial militar trazidos pelos dispositivos do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a exemplo da territorialidade trazida pela alínea “a” do art. 10 desse Código, logicamente se houver a conclusão pela prática de crime militar por lesão à ordem administrativa militar.

Mostra-se não compatível com a estrutura constitucional a apuração dos fatos, configuradores de crime militar, por autoridade policial civil, nos

termos do disposto no § 4º do art. 144 da Constituição Federal, *in fine*, ainda que pela Corregedoria da Polícia Civil⁵. Obviamente, inexistindo o órgão correcional, o dispositivo torna-se ineficaz.

A comunicação ao Ministério Público, pela Corregedoria, é necessária, mas a designação de membro do *Parquet* para acompanhar o feito é despicienda, diante da atribuição funcional de controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF).

Evidentemente, a previsão aqui tratada não pode excluir a possibilidade de direta investigação pelo Ministério Público (Lima, 2016, p. 501-2).

Dispõe o § 5º do art. 2º da Lei:

§ 5º - Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Perfeitamente possível a aplicação dessa medida cautelar – cujos requisitos também passarão pela análise do *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora* (ou *libertatis*) – consistindo no afastamento do militar de suas atividades, de maneira integral ou parcial (determinação, por exemplo, para cumprir tarefas administrativas, apenas), isso em qualquer fase da persecução criminal.

O ponto intrigante para o Direito Militar está na inovação estatutária, com a necessidade de averiguar qual a situação funcional de militar submetido a esta situação, se haverá remuneração e se o tempo de afastamento será computado para fins de tempo de serviço.

⁵ Ressalte-se que o desenho constitucional não torna inócua a concepção de que o inquirido é instrução provisória a fornecer elementos para eventual propositura da ação penal, por seu titular. Assim, eventual apuração de infração penal militar por autoridade policial civil não obsta a promoção da ação penal. Necessário lembrar que há no art. 5º, LIII, da CF, o princípio do promotor natural e do juiz natural, que não se estende à autoridade policial.

Não é possível uma análise que valha para todos os militares (estaduais ou federais), visto que as regras estatutárias são veiculadas por leis específicas da União, no caso de militares das Forças Armadas, e dos Estados (e Distrito Federal), no caso de militares das Unidades Federativas, em respeito ao primado constitucional da autonomia político-administrativa dos entes federativos (art. 18 da CF).

Mas é conveniente, por outro lado, averiguar a situação dos militares federais, à luz da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, o Estatuto dos Militares, que poderá servir de parâmetro comparativo para o caso dos militares dos Estados.

Entende-se que a possibilidade trazida pela Lei n. 12.850/13 inova a regra estatutária, colocando uma nova causa de afastamento temporário do serviço, além das previstas no art. 82 do Estatuto dos Militares, levando à condição de agregação. Essa agregação, será remunerada, visto que a própria Lei n. 12.850/13 disciplina que não haverá prejuízo da remuneração. Não havendo inclusão dessa agregação – até porque expressamente inexistente – no § 4º do art. 137 do Estatuto dos Militares, o tempo passado nessa condição há se ser computado como tempo de serviço.

Claro, nada obsta uma analogia ao disposto no art. 147 da Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que trata da disponibilidade, mas, dada a temporariedade da medida (60 dias, prorrogável por igual período) e a atribuição para sua determinação (autoridade administrativa instauradora do processo disciplinar), parece a construção afeta à agregação melhor se adaptar ao caso dos militares federais.

6 CONCLUSÃO

A criminalidade organizada, embora sua origem se perca na História, conheceu na contemporaneidade o ambiente propício para seu

fortalecimento, especialmente se considerado o fenômeno da globalização, que impulsionou não apenas atividades lícitas, mas também a atuação criminosa.

Um fato criminoso praticado em qualquer rincão do mundo pode surtir efeito em ambientes situados quilômetros de distância dali, potencializando, por exemplo, o poder intimidatório das organizações criminosas.

Para buscar a adequada repressão a essa realidade, instrumentos legislativos são idealizados, com mecanismos próprios de combate, partindo-se da própria criminalização da atuação em organizações criminosas, hoje trazida pela Lei n. 12.850/13, adicionada à repressão já existente dos crimes utilizados como meio de atuação.

52

Embora o crime de organização criminosa originalmente tenha sido desenhado como crime comum, com a edição da Lei n. 13.491/17, abriu-se a possibilidade de ele ser considerado crime militar (crime militar extravagante), quando praticado contra a ordem administrativa militar (alínea “e” do inciso II do art. 9º ou alínea “a” do inciso III do art. 9º, ambos do CPM).

Reconhecida a subsunção das condutas no Código Penal Militar, será competente para processar e julgar o delito a Justiça Militar da União ou dos Estados, competência material e, portanto, absoluta.

Não se pode olvidar, em soma, que, malgrado a credibilidade das instituições militares, o crime tem um alto poder de sedução sob o enfoque financeiro, além de ter mecanismos de cooptação que não poupa militares, de maneira que é chegado o momento de fazer frente às organizações criminosas compostas por militares, que oneram sobremaneira a coletividade e, claro, em último foco, a dignidade da pessoa humana.

Malversação do dinheiro público, também no seio de instituições militares, por exemplo, importa em diminuição de possibilidades na saúde, na

educação e na segurança. A propósito desta, repugnância maior deve haver nos casos em que o agente público integrante da organização criminosa é justamente aquele que deveria prover segurança pública, como mister constitucional próprio, como no caso das Polícias Militares, ou como atividade eventual, caso das Forças Armadas em atividade de Garantia da lei e da Ordem.

A ideia foi lançada! Cumpre, agora, aproveitar o cenário favorável à atuação dos órgãos de persecução criminal militar, ainda que essa batalha signifique a nunca efetiva chegada do Agrimensor K. ao Castelo, imitando o intrigante pensamento de Kafka.

REFERÊNCIAS

- ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA RAMOS, Guilherme da; FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Direito penal militar – Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015.
- ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Leis penais especiais comentadas artigo por artigo*. Salvador: Juspodivum, 2018.
- DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.
- KAFKA, Franz. *O castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivum, 2016.

LOBÃO, Célio. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, Ione de Souza. *Elementos de direito penal militar – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira Pereira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wpcontent/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

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