

Revista do Ministério Público Militar

Brasília – DF
2018



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República

Antônio Augusto Brandão de Aras

Procurador-Geral de Justiça Militar

Jaime de Cassio Miranda

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar

Roberto Coutinho

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM

Clauro Roberto de Bortolli

Corregedor-Geral do MPM

Giovanni Rattacaso

Conselho Editorial

Helena Mercês Claret da Mota

Conselheira-Coordenadora

Adriano Alves Marreiros

Promotor de Justiça Militar

Claudio Martins

Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro

Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Edição especial: Lei 13.491/2017

Ano XLIII – Número 29 – Outubro de 2018
Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

<http://revista.mpm.mp.br/>

Ministério Público Militar
Setor de Embaixadas Norte, lote 43
70800-400
Brasília – DF
Telefone: (61) 3255.7308
Homepage: *<http://www.mpm.mp.br>*

Capa: Alessandra Duarte/Adriano Alves-Marreiros

Revisão e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 1.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 43, n. 29
(out. 2018) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

Continuação de: Revista do Direito Militar, 1974–1984.

ISSN 2596-1608

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

Quando surgiu a ideia de se lançar a Revista do MPM no seminário Crime Militar após a Lei nº 13.491/2017, revelou-se, pela polêmica gerada em razão desse tema, que este seria o ambiente ideal para que pensadores de todos os ramos do Direito pudessem expressar suas primeiras impressões, suas pesquisas, suas dúvidas, sobre um assunto de discussão ainda muito recente.

Além de ser útil aos participantes do referido seminário, esta edição especial ajudará a todos os leitores a elucidar pontos importantes nas mudanças provocadas pela nova lei, como, por exemplo, os reflexos que ela possa produzir na aplicação do Código Penal Militar e nas penas.

Todo debate salutar em torno dessa matéria é de extrema importância neste momento da nossa história, não somente aos operadores do Direito no Brasil, mas também a todos os brasileiros, diante dos acontecimentos de violência descontrolada que a nossa sociedade é desumanamente obrigada a suportar.

Não está em discussão aqui o julgamento da validade das ações que têm como atuantes as Forças Armadas, como as missões de garantia da lei e da ordem (GLO), operações de pacificação, ou qualquer outra atribuição subsidiária. O desejo de conhecimento que atinge a todos nós está vinculado à necessidade de se tomar decisões de forma consciente

e responsável, na busca eterna do cumprimento do dever com a maior margem de acerto que for possível.

Nesse sentido, esta edição realizou o seu objetivo e apresenta ao leitor um leque de pesquisas e opiniões de autores renomados do Direito brasileiro sobre esse tema principal, a Lei 13.491/2017, e outras matérias que trazem relevância às discussões que, cada vez mais, têm conquistado espaço nas vidas de todos nós.

Agradeço sempre a valiosa contribuição de nossos articulistas e desejo a todos uma boa leitura!

Jaime de Cassio Miranda
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), que define as circunstâncias em que determinado fato criminoso é considerado crime militar, foi substancialmente modificado pela Lei nº 13.491, sancionada em 13 de outubro de 2017. A partir de então, nosso CPM de 1969 passou a ostentar seu revigorado artigo 9º, no qual, desde a alteração do inciso II, a definição de crime militar foi expandida.

A alteração legal foi recebida com surpresa por muitos que acompanharam as discussões sobre o encolhimento da competência da Justiça Militar da União e por aqueles que, até mesmo, defendiam sua extinção.

Após a Lei nº 9.296/96, passou a vigorar que os crimes previstos no art. 9º do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civis, seriam da competência do Tribunal do Júri, não havendo distinção entre policiais, bombeiros militares e os integrantes das Forças Armadas. Por sua vez, a Lei nº 13.491/17 refletiu, em sua redação, o impacto da crescente atuação das Forças Armadas nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) e demais operações de segurança pública, determinadas dentro do parâmetro constitucional estabelecido pelo art. 142 da Constituição Federal. Dessa forma, o atual artigo 9º do CPM estabelece que serão da competência da Justiça Militar da União os crimes dolosos contra a vida

praticados por militares das Forças Armadas contra civil, no contexto das ações de segurança pública.

Esse é apenas um dos aspectos que contornam alteração de tamanho relevo. Inquietações tais como a natureza da Lei nº 13.491/17, o conceito do crime militar e as questões de direito intertemporal também atormentam a alma de doutrinadores e demais operadores do Direito que, compilados na presente edição da Revista do Ministério Público Militar, enfrentam os temas para trazer ao leitor a oportunidade de conhecer ou refletir sobre a matéria.

Afinal, “é preciso sempre não esgotar o assunto a ponto de nada deixar a cargo do leitor. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”. (Montesquieu)

Boa leitura e relevantes pensamentos!

Conselho Editorial 2017-2019

Sumário

Parecer magistral

- Parecer pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.032-DF (*Odim Brandão Ferreira*), 13

Artigos temáticos: Lei 13.491/2017

- Tipicidade dos crimes militares em tempo de paz: proposta de subsunção de condutas após a Lei 13.491/17 (*Cícero Robson Coimbra Neves*), 41
- As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017 (*Vladimir Aras*), 67
- Lei 13.491/17, uma análise inicial e detalhada sobre a mudança no conceito legal de crime militar, visando a

uma análise técnica: não à ideológica (*Adriano Alves-Marreiros*), 87

- Lei 13.491: os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade (*Ronaldo João Roth*), 143
- A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos (*Carlos Frederico de Oliveira Pereira*), 175
- Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar (*Fernando Galvão*), 187
- A reforma do Código Penal Militar promovida pela Lei nº 13.491/2017 e seus reflexos na Justiça Militar (*Flávio Augusto Milhomen; Nísio E. Tostes Ribeiro Filho*), 195
- Crimes militares por extensão à luz da Constituição Federal de 1988 (*Karolyne Christina Queiroz Leite*), 199

Artigos de temas variados

- As obrigações processuais penais positivas – segundo os precedentes das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos (*Frederico Valdez Pereira; Douglas Fischer*), 243
- Penúria não afasta a culpabilidade no tráfico de drogas (*Rogério Sanches Cunha*), 275
- Imunidades criminais dos membros de missão da paz da ONU (*Juliane Rigon Taborda*), 281
- Liberdade de expressão é para todos (*Diego Roberto Barbiero; Henrique da Rosa Ziesemer*), 311

Artigos de grande repercussão

- Habeas Corpus: a gazua brasileira (*Edilson Mougenot Bonfim*), 323

- As ideias e as suas consequências (*Fábio Costa Pereira; Luiz Marcelo Berger*), 325

Iniciação científica

- Lei 11.343/06 versus art. 290 do Código Penal Militar: uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à Administração Militar à luz da Lei 13.491/17 (*Raphael Mello de Andrade*), 331

Parecer magistral

Parecer pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.032-DF

Relator: Ministro Marco Aurélio

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Presidente da República

Interessado: Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Validade do art. 15, § 7º, da LC 97/1999, tanto na redação da LC 117/2004 como na da LC 136/2010. Competência da Justiça Militar para a repressão dos delitos cometidos por integrantes das Forças Armadas, no desempenho de atividades de restauração da lei e da ordem pública quando esgotados os meios do art. 144 da CR, na defesa das fronteiras internacionais do Brasil e nas requisições da Justiça Eleitoral.

Nem todo aumento da competência da Justiça Militar é, por si só, inconstitucional: impossibilidade da dedução da inconstitucionalidade da LC 97 pela simples verificação de que se atribuiu ao referido ramo do Judiciário maior medida de jurisdição do que a prevista na lei anterior, que, assim, fica acidentalmente constitucionalizada.

O problema posto pela lei resolve-se por meio da determinação das funções das Forças Armadas brasileiras, que se apura especialmente pela interpretação do art. 142 da CR: a defesa da lei e da ordem, sempre por iniciativa do poder civil competente.

A atividade desenvolvida pelas Forças Armadas nos termos do art. 142 da CR c/c o art. 15, § 3º, da LC 97, ou seja, quando “esgotados os instrumentos relacionados ao art. 144 da Constituição”, não é mera continuação das atividades policiais com outros meios: cuida-se aí de defesa de parcela da soberania brasileira sobre parcelas do território nacional, em contraposição a iniciativas ilícitas de estabelecimento de poder de fato paralelo e avesso ao Estado, ainda que sem o intuito imediato de substituí-lo como organização política básica da vida nacional.

A expressão territorial da soberania implica o aspecto positivo – apenas são legítimas as formas de exercício de poder emanadas do Estado ou dotadas de sua autorização – e o negativo – o Estado não tolera o exercício de poderes paralelos, ao contrário, é o titular do monopólio da violência legítima em determinado espaço: o emprego excepcional das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem pública, quando esgotadas as possibilidades de sua restauração por meio dos instrumentos do sistema de justiça penal do art. 144 da CR é qualitativamente diverso da repressão quotidiana de delitos e recai no âmbito do art. 142 da CR.

A qualificação legal de delitos praticados no desenvolvimento das atividades mencionadas como crimes militares não traduz a manipulação arbitrária de conceitos constitucionais para deslocar atividade alheia às funções das Forças Armadas para a Justiça Militar; representa, antes, o normal e revogável exercício da liberdade de configuração de relações jurídicas pelo Congresso Nacional, sob o controle de validade do Supremo Tribunal Federal.

Similitude de razões ligadas ao aspecto territorial da soberania brasileira indica a mesma solução do tópico principal, quanto às atividades das Forças Armadas, na proteção de fronteiras e na garantia do caráter pacífico de eleições, segundo requisição da Justiça Eleitoral.

Parecer pela improcedência da ação.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 15, § 7º, da LC 97/1999, na redação da LC 136/2010.

2 DO BREVE HISTÓRICO DA CAUSA

No contexto da implantação da Estratégia Nacional de Defesa, aprovada pelo Dec. 6.703/2008, as Forças Armadas foram autorizadas, por alterações na LC 97/1999, a desenvolver atividades de garantia da lei e da

ordem. Para a finalidade do art. 124 da CR, o exercício dessa tarefa é considerado atividade militar, sendo esse o objeto da ação direta, nos termos assim estabelecidos na petição inicial:

A ampliação e o fortalecimento das Forças Armadas no combate ao crime, especialmente o de fronteira, não é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito. Todavia o é a transferência, à Justiça Militar, da competência para o julgamento dos crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias acometidas à Forças Armadas e a cada uma das suas Armas.

Em suma, argumenta-se que o auxílio prestado pelas Forças Armadas na segurança pública não constitui atividade militar típica, razão por que não pode estar submetida à competência da Justiça Militar, sob pena de violação dos arts. 5º, LIII; e 124 da CR.

A Presidência da República, em informações, nega a suposta descaracterização da atividade militar. A definição do delito militar, e por extensão, da competência da Justiça daquela especializada, envolve a proteção de determinados bens jurídicos, sem relação com a condição pessoal do sujeito ativo. A ação das Forças Armadas, em qualquer contexto, derivaria em potencial provocação da Justiça Militar.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido, aduzindo razões similares.

Foram admitidos, na condição de *amici curiae*, o MPM, a entidade civil “Tortura Nunca Mais” e a DPU.

3 DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA

A primeira providência destinada ao correto desfecho do caso consiste na identificação de seu objeto. Apesar de a petição inicial só transcrever uma das normas impugnadas – sua versão mais recente –, a menção inicial e, sobretudo, o pedido formulado não deixam dúvida de que aqui se discute a

validade de duas normas legais complementares, e não apenas uma. O pleito e a causa de pedir dizem respeito à alegada invalidade do art. 15, § 7º, da LC 97/1999, tanto na redação da LC 117/2004, como na da LC 136/2010.

Em prol da clareza da exposição, transcrevam-se as normas questionadas, no contexto no qual se inserem:

LC 97/1999

Art. 13. Para o cumprimento da destinação constitucional das Forças Armadas, cabe aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica o preparo de seus órgãos operativos e de apoio, obedecidas as políticas estabelecidas pelo Ministro da Defesa.

§ 1º O preparo compreende, entre outras, as atividades permanentes de planejamento, organização e articulação, instrução e adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas, de sua logística e mobilização. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 2º No preparo das Forças Armadas para o cumprimento de sua destinação constitucional, poderão ser planejados e executados exercícios operacionais em áreas públicas, adequadas à natureza das operações, ou em áreas privadas cedidas para esse fim. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 3º O planejamento e a execução dos exercícios operacionais poderão ser realizados com a cooperação dos órgãos de segurança pública e de órgãos públicos com interesses afins. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

Art. 14. O preparo das Forças Armadas é orientado pelos seguintes parâmetros básicos:

- I – permanente eficiência operacional singular e nas diferentes modalidades de emprego interdependentes;
- II – procura da autonomia nacional crescente, mediante contínua nacionalização de seus meios, nela incluídas pesquisa e desenvolvimento e o fortalecimento da indústria nacional;
- III – correta utilização do potencial nacional, mediante mobilização criteriosamente planejada.

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é

de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

I – ao Comandante Supremo, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, no caso de Comandos conjuntos, compostos por meios adjudicados pelas Forças Armadas e, quando necessário, por outros órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

II – diretamente ao Ministro de Estado da Defesa, para fim de adestramento, em operações conjuntas, ou por ocasião da participação brasileira em operações de paz; (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

III – diretamente ao respectivo Comandante da Força, respeitada a direção superior do Ministro de Estado da Defesa, no caso de emprego isolado de meios de uma única Força.

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

§ 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das

Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 6º Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 7º *[na redação da LC 117/1994]. O emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9º, inciso II, alínea c, do Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.*

§ 7º *[na redação da LC 136/2010] A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).*

Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, integra as referidas ações de caráter geral a participação em

campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse social. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

I – patrulhamento; (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

III – prisões em flagrante delito. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Parágrafo único. As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Art. 17. Cabe à Marinha, como atribuições subsidiárias particulares:

[...]

IV – implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos, no mar e nas águas interiores, em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, federal ou estadual, quando se fizer necessária, em razão de competências específicas.

V – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

[...]

Art. 17-A. Cabe ao Exército, além de outras ações pertinentes, como atribuições subsidiárias particulares: (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

[...]

III – cooperar com órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, no território nacional, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

Art. 18. Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares:

VI – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, quanto ao uso do espaço aéreo e de áreas aeroportuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

VII – preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Código Eleitoral – Lei 4.737/1965:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

XIV – requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração;

Em última análise, portanto, está em causa a validade de normas legais que qualificam, como crimes militares, certos ilícitos cometidos na execução do rol de atividades das Forças Armadas acima reproduzido.

4 DE PREMISSAS DE ORDEM GERAL

Identificado o objeto do debate, parece útil alguma menção ao peso relativo dos argumentos a serem utilizados na solução do problema posto, do qual decorre a licitude de se atribuir à Justiça Militar jurisdição para o julgamento de delitos praticados por integrantes das Forças Armadas, no exercício das funções especificadas nas normas aludidas.

Malgrado se viva em País e em subcontinente fustigados por seculares abusos dos poderes militares, dos quais decorreram gravíssimas ofensas do direito objetivo, como um todo, e de direitos subjetivos de particulares, não parece válido, em razão disso, outorgar prevalência apriorística ao critério histórico de interpretação da Constituição, eventualmente em detrimento de fatores normativos. Em si mesma, a péssima experiência histórica não é critério de resolução de problemas jurídicos. Tal conclusão mantém-se, mesmo quando associada a dados sociológicos contemporâneos da necessidade do permanente e rígido controle das Forças Armadas, quanto ao respeito dos direitos fundamentais de civis, dos quais a eficaz proteção judicial é metagarantia e cujo desaparecimento os torna meramente formais ou ilusórios. A história e a sociologia têm muito a ensinar na elucidação do contexto do problema, mas não determinam o plano de reorganização da sociedade brasileira imposto na Constituição de 1988, com o indispensável concurso das Forças Armadas. Em suma, história e sociologia não especificam o conteúdo do direito positivo.

De qualquer modo, não custa lembrar que as leis atributivas de competência à Justiça Militar foram votadas em regime de plena normalidade democrática, por Congresso Nacional civil, que as pode revogar, se assim o entender, tudo sob o controle jurídico final do Supremo Tribunal Federal, igualmente civil e independente.

5 DA CAUSA DE PEDIR DESTA AÇÃO

Não ficará mal antecipar que esta manifestação inflete o ponto de vista de início defendido pela PGR, neste processo de controle abstrato de

constitucionalidade. Daí o imperativo de declinar os motivos determinantes dessa postura. Para expor a crítica, é preciso, antes, resumir o ponto de vista inicial, de que agora respeitosamente se diverge.

Em resumo absoluto, arguiu-se que ambas as redações do art. 15, § 7º, da LC 97 seriam inválidas, por supostamente haverem extrapolado a competência constitucionalmente demarcada da Justiça Militar, ainda que por meio do sintético conceito de “crimes militares definidos em lei”, do art. 124 da CR. O Congresso Nacional teria inserido, na competência da Justiça castrense, a jurisdição para reprimir delitos praticados no curso de atividades de segurança pública, do art. 144 da CR, realizadas pelas Forças Armadas. Daí a ultrapassagem da marca fixada na Constituição, para o citado ramo do Judiciário. Em abono desse ponto de vista, invoca-se a doutrina, a jurisprudência do STF e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Citam-se julgados do STF, no sentido de que ilícitos praticados por militares, no cumprimento de missões de segurança pública, não traduziriam crimes militares, mas comuns. De igual modo, fez-se muita carga, no fato de que a jurisprudência do tribunal internacional aludido entender que a Justiça Militar, “em regimes democráticos, deve ter caráter excepcional e residual”, circunscrito pela diretiva de que se deve ocupar apenas dos delitos que, por sua própria natureza, atentem “contra bens jurídicos próprios da ordem militar”.

O raciocínio assim desenvolvido parece, *data venia*, comprometido por defeitos que se passa a expor.

6 DA ANÁLISE DO PONTO DE VISTA INICIAL DA PGR

O defeito primordial da iniciativa criticada parece estar na identificação equivocada da sede normativa do problema e, por consequência, da resposta a lhe ser dada. A arguição de inconstitucionalidade divisou no caso sobretudo um tema processual a discutir, embora esteja em causa, primordialmente, indagação de direito material. O aspecto processual do problema não está na origem da questão posta, mas se resolve, na parte essencial, como um dos desdobramentos da solução de direito material a ser pesquisada.

A petição inicial sublinhou, repetidas vezes, que as regras impugnadas seriam inválidas, porque a competência da Justiça Militar não comportaria “alargamento”; menos ainda, a ampliação arbitrária, consistente na inclusão, em sua esfera, do julgamento de ilícitos alheios aos bens jurídicos militares.

Diversos motivos mostram, porém, que a origem da controvérsia não está no caráter especial da Justiça Militar, para o julgamento de crimes militares. De início, porque se trata de ponto pacífico, no sistema judiciário brasileiro. O foro estadual é o universal (art. 125 da CR), do qual topicamente se destacam causas, quer em razão da natureza das pessoas em litígio, como no caso da Justiça Federal (arts. 107 e 109), quer em decorrência da matéria versada no processo, como nas Justiças Eleitoral, do Trabalho e Militar (arts. 114, 118 e 124 da CR). Logo, o problema não está no caráter especializado e, portanto, limitado da competência da Justiça Militar, pois a respeito reina o consenso.

O erro do raciocínio analisado está, *data venia*, em supor que a mera ampliação da competência da Justiça Militar implica, por si só, a inconstitucionalidade da medida legislativa. Isso não ocorre, pois a invalidade das leis questionadas só advém, se qualificáveis como ampliações *indevidas* da jurisdição castrense. Por certo que os problemas históricos sul-americanos apontados tornam a expansão da competência militar mais grave, por seu poder de influir nos direitos fundamentais e na ordem jurídica, em geral; mas, nem por isso, pode-se afirmar que, do ponto de vista normativo, o problema seja ímpar. Ao contrário, é compartilhado por todos os ramos do Judiciário brasileiro, como parece decorrer de precedente do STF¹. Seria inconstitucio-

¹ RE 160.841, rel. Min. Sepúlveda Pertence, de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: “quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu – como é o caso da noção de crime político, para a definição da competência dos juízes federais –, e imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental”.

nal estender, por lei, a competência da Justiça do Trabalho para lhe deferir jurisdição penal, assim como seria inaceitável usar a lei, para deferir à Justiça Eleitoral poder para arbitrar as decisões de sociedades comerciais tomadas pelo método da eleição. Em suma, a invalidade de se considerar certa causa da competência da Justiça Militar não decorre da mera constatação de que sua jurisdição foi expandida, mas de que, eventualmente, tenha sido realizada de modo contrário ao padrão de direito positivo que lhe regula a atividade. Em última análise, portanto, tudo tem que ver com esse padrão de direito material.

Tentou-se demonstrar, é certo, que a atividade do legislador teria ido além de seu limite. Sucede que o meio para tanto empregado incidiu no equívoco da jurisprudência dos conceitos: a mera consideração das categorias doutrinárias de que os crimes militares e a competência das justiças militares americanas devem ser restritas levou, sem mais, à conclusão de que qualquer lei nova que os aumente seria, desde logo, nula. Ao menos, dois obstáculos antepõem-se ao abono desse argumento. O primeiro deles é a própria crítica metodológica à jurisprudência dos conceitos. *Jestaedt* insiste em que o cientista não produz direito, mas saber sobre o direito². As fontes do conhecimento do direito devem ser estritamente separadas das fontes do direito³. Daí ter *Larenz* objetado que as conclusões extraídas da associação de conceitos doutrinários possuem meramente o valor de afirmações teóricas; por mais que se o preze, dele não se segue nada, em prol da validade dessas proposições, como enunciados normativos⁴. O correto seria demonstrar, com base em parâmetro do direito positivo, que determinada regra de lei ampliativa deve ser reputada inválida. Em se tratando de lei, só norma constitucional ou dotada de sua estatura poderia servir-lhe de padrão de controle.

² Jestaedt, Matthias, *Die Verfassung hinter der Verfassung*. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2009, p. 23.

³ Jestaedt, nota 2, p. 22.

⁴ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 27.

Exatamente por não se ter dedicado à indicação do critério constitucional positivo, no domínio referido, a solução arbitrada termina, involuntária e acidentalmente, por constitucionalizar – sem explicação – o art. 9º do CPM, para nele se enxergar catálogo máximo de causas da competência daquele ramo judicial especializado. Afinal de contas, ele é a medida atual de especificação da competência militar, assim subtraído à ampliação. Portanto, a comparação de categorias conceituais – e não normativas – não supre a necessidade de indicar parâmetro positivo de controle de constitucionalidade.

É certo que se experimentou a ideia de que a Justiça Militar só deve julgar crimes que atentem contra “bens jurídicos próprios da ordem militar”, assim definidos em lei penal militar. Logo de saída, cuida-se de definição quase tautológica, por dizer, enfim, que a Justiça Militar deve apreciar crimes militares, e que eles devem afetar bens militares. Retirados desse âmbito os delitos que nada têm que ver com as Forças Armadas, nada de muito substancial assim se avança, na determinação dos atos ilícitos praticados na função militar ou contra ela, como paradigma da jurisdição discutida.

Os defeitos apontados em ambas as modalidades de solução ensaiadas geram incongruência adicional. Para ser coerente, a petição inicial deveria impugnar não apenas a competência da Justiça Militar, para a repressão de delitos praticados nas situações referidas no art. 15, § 7º, da LC 97, mas também – por identidade de motivos – o próprio desenvolvimento das atividades militares, nos domínios assinalados pelo § 7º. À semelhança de qualquer órgão ou instituição estatal, as Forças Armadas só podem desenvolver as funções que lhes forem designadas pelo direito positivo. Daí que os delitos praticados no curso de tais atividades, em princípio, ofendem a organização dessa função estatal, e está autorizada a atribuição de competência à Justiça Militar. Ou bem o ilícito praticado no exercício de determinada função militar a afeta negativamente e pode, por isso, ser reprimido com o direito penal militar, a ser aplicado pela Justiça Militar, ou bem as Forças Armadas nem sequer deveriam desenvolver a função na qual praticado o crime. Parece haver incongruência em se impugnar apenas a

consequência processual do suposto problema – a jurisdição castrense –, mas deixar de lado sua evidente causa – a atividade militar no campo referido.

Ainda que se repudie essa equação, em que se consideram militares os crimes cometidos no exercício da função castrense, sempre há de se ter presente que aqui não se examinam atos concretos de interpretação da lei processual penal. Ao contrário, controla-se a validade de leis, em razão do alegado desvirtuamento legislativo do conceito constitucional de delitos militares. Tal característica da discussão altera, por inteiro, a configuração do problema, por colocar em cena a liberdade legislativa de configurar relações jurídicas. O Legislativo move-se em espaço de atuação bem mais amplo do que o demarcado pela interpretação de regras, para a decisão de casos. Por isso, dispõe de ampla margem de escolha da disciplina do tema, desde que não contravenha aos limites mais fluidos da Constituição. Daí que a simples verificação de que o Congresso Nacional não agiu com arbitrariedade determina a conclusão da validade da lei. Ao menos no campo estudado, a Constituição não impõe ao legislador disciplina única do domínio normativo demarcado pela ideia de crime militar.

O defeito da manipulação abusiva desse conceito não pode ser, entretanto, apontado na atividade legislativa que define, como crimes militares, atos praticados no exercício da função das Forças Armadas. A estrutura do problema dispensa saber se o crime será sempre militar, uma vez cometida a infração, no desempenho de atividade castrense. Ao que interessa ao exame de constitucionalidade da lei, é suficiente verificar que a definição de crime militar, como decorrência direta da prática de ilícito, no exercício das funções juridicamente definidas como das Forças Armadas, não pode ser qualificada como critério arbitrário de definição de delitos militares. Isso basta ao endosso da lei. Na pior das hipóteses, o legislador poderá excluir atos dessa categoria, em atenção a outros bens constitucionalmente protegidos; mas incluir, no rol dos crimes militares, ações humanas dotadas do referido traço não contraria a Constituição⁵.

⁵ Dá-se um fenômeno curioso: a defesa da tese do sentido máximo do conceito de crimes militares parece implicar, em alguma medida, uma reserva de jurisdição

Para não incidir no mesmo erro da jurisprudência dos conceitos, parece necessário ir ao verdadeiro problema posto no processo: saber se as Forças Armadas podem desempenhar as funções assinaladas no art. 15, § 7º, da CR. Se as puderem desenvolver, então, de acordo com as premissas acima indicadas, o legislador pode qualificar, como militares, os crimes cometidos no seu desempenho e, por consequência, também parece lícita a atribuição de competência à Justiça castrense para reprimi-los. Se as atividades mencionadas no § 7º forem estranhas àqueles órgãos federais, então de crimes militares ali não se poderá falar, com o que já está excluída a competência da Justiça Militar.

Apesar de eventual impressão contrária, esse parece, afinal, o sentido da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Lê-se no caso merecedor de maior destaque na petição inicial que “a jurisdição penal militar há de ter um alcance restritivo e excepcional e estar encaminhada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das Forças Armadas”⁶. Disso decorre a conclusão de que, se a infração não ofender bens militares, nunca haverá espaço para a jurisdição militar, na repressão de atos lesivos de direitos humanos de civis. Esse é o ponto decisivo da controvérsia: determinar quais são as funções próprias das Forças Armadas, de modo que ilícitos graves que as lesem autorizam o legislador a qualificá-los como crimes militares e, por consequência, a firmar a competência da Justiça Militar.

Tudo está, portanto, em se verificar se as ações do art. 15, § 7º, da LC 97 se compreendem nas funções das Forças Armadas brasileiras. O parâmetro para tanto não se encontra em pactos internacionais, nem, muito

militar, em detrimento da tese finalística de sua diminuição. Afinal de contas, não se entende como determinadas palavras da lei poderiam ter um sentido máximo, sem, simultaneamente, ter significado mínimo. Como subproduto certamente indesejado desse fenômeno e da diminuição da liberdade de configuração das relações jurídicas pelo legislador, ter-se-ia, então a imposição de jurisdição militar, em certos domínios, cujo conteúdo não se precisa aqui examinar. A tese não deixa de produzir, portanto, uma contradição valorativa, repudiada em direito como resultado de sua sistematização.

⁶ Caso Radilla Pacheco *versus* México.

menos, na doutrina, mas no direito positivo. Nesse sentido, um dos julgados do Tribunal interamericano citados nota que se violam garantias dos acusados, “quando a justiça militar assume competência para um assunto do qual deve conhecer a justiça ordinária”⁷. Sucede que o parâmetro pelo qual se separam ambos os ramos do Judiciário só pode ser do direito interno, já que se desconhece regra de direito internacional relativa ao tema. Nesse campo, o próprio tribunal aludido chega apenas ao critério negativo de que delitos anódinos aos bens jurídicos militares devem ser excluídos do âmbito da justiça castrense, com o que se concorda, mas não avança rumo a um critério positivo mais denso.

No caso da ordem jurídica brasileira, a especificação das atribuições das Forças Armadas encontra-se no mais alto nível hierárquico. Seguindo a tradição do constitucionalismo brasileiro, que trata das Forças Armadas desde o período imperial, o art. 142 da Constituição de 1988 demarca-lhes o papel: elas “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

Evidentemente um escrito forense, ainda que no contexto de ação direta de inconstitucionalidade, não se presta à fixação de todo o conteúdo de normas da Constituição, à moda de comentários exaustivos da ciência jurídica. Nos limites da função deste trabalho, basta verificar se as leis complementares se harmonizam com a Constituição.

A leitura das diversas normas às quais o art. 15, § 7º, da LC 97 se refere parece revelar três funções básicas das Forças Armadas ali retratadas. Há, de um lado, o conjunto de prescrições que atribui a cada uma das três Forças atividades atinentes à integridade das fronteiras, sua atividade na ordem brasileira, desde de tempos coloniais. Existe, de outro lado, a garantia da paz durante as eleições. Por fim, estão incumbidas de gama de atividades suscitadas por acontecimentos mais recentes no Brasil, mas que não deixam de espelhar categorias antigas – a manutenção do poder estatal de império sobre o território nacional.

⁷ Caso Durand e Ugarte *versus* Peru.

Malgrado não tenha declinado motivos para tanto, a arguição de inconstitucionalidade partiu do pressuposto de que esse tríptico conjunto de afazeres se subsumiria ao conceito de serviços de segurança pública, de modo que os delitos em seu curso praticados não seriam militares e, portanto, ausente a competência do ramo do Judiciário neles especializado⁸. Precisamente semelhante pressuposto, tido como pacífico pela iniciativa, deve ser questionado, na solução da pergunta central do processo a respeito da índole dos três grandes gêneros de atividades impugnados nesta ação.

A norma decisiva da disciplina de uma delas encontra-se no art. 15 da LC 97, “que trata do emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem”. Nesse contexto, assume especial relevo o § 3º, assim concebido:

consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão.

Até com apoio na literalidade do art. 15, §§ 2º e 3º, que invocam os objetivos da segurança pública e o próprio art. 144 da CR, a arguição de invalidade parcial da LC 97 terminou por identificar, no aludido rol de atribuições das Forças Armadas, atividades militares supletivas dos órgãos policiais do art. 144 da CR.

Discorda-se dessa premissa crucial para o desfecho do caso. A leitura sistemática do art. 142 da CR, em conjunto com a LC 97 e particularmente com o art. 15, parece indicar que as atividades militares questionadas possuem qualidade – natureza jurídica – diversa daquelas exercidas pelos órgãos policiais de segurança pública. Pode até haver, aqui e ali, coincidência aparente de atos materiais de ambas as esferas, mas sua origem, circunstân-

⁸ Já se apontou a incongruência de assim se admitir que as Forças Armadas desempenhem função que não lhes diz respeito, desde que os desvios de conduta sejam reprimidos pela Justiça comum.

cias e, sobretudo, finalidade são diversas. Daí o tratamento constitucional diferenciado de ambas as coisas, corretamente refletido na LC 97.

O defeito do raciocínio criticado está, *data venia*, em ver, na atividade militar discutida, mera continuação das atividades policiais com outros meios. O fato de a ação militar em causa costumar suceder cronologicamente as tentativas de combate à criminalidade não basta à igualação de ambas as coisas, segundo a concepção de que se trata do mesmo problema, apenas em escala diversa. O núcleo normativo do instituto está na ideia de que as Forças Armadas entram em cena, quando “esgotados os instrumentos relacionados ao art. 144 da Constituição”. A caracterização da hipótese de incidência tem que ver diretamente com a lesão de um dos elementos essenciais do Estado, qual seja, sua supremacia territorial, traduzida na locução constitucional de “garantia da lei e da ordem”, sempre a pedido de um dos Poderes constitucionais, e nunca por iniciativa própria.

Um dos elementos essenciais do Estado é o território, cujo significado jurídico se exterioriza de duas maneiras, em decorrência da soberania do art. 1º, I, da CR. Do ponto de vista negativo, a noção de território impede o exercício de qualquer poder que não emane do Estado ou por ele não seja autorizado. Já do ponto de vista positivo, implica a submissão ao poder estatal de todas as pessoas que nele se acham⁹.

A função primordial do Estado é a garantia da segurança, no interior de determinado território. No princípio de todos os fundamentos de legitimidade do Estado está a segurança, nota *Isensee*: ela o justifica, em contraposição à sua alternativa básica, a anarquia, no primeiro dos incontáveis processos ulteriores de legitimação, perante o tribunal da razão, aos quais o Estado se submeteu, desde seu nascimento, no início da Era Moderna¹⁰. O Estado, em sua forma soberana de unidade de decisão e de atividade, é a superação

⁹ Jellinek, Georg. *Teoria general do Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981, p. 295; Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 126, 127 e 129; e Zippelius, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 41.

¹⁰ Isensee, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Berlin: De Gruyter, 1983, p. 3.

institucional da guerra civil¹¹. Tal ideal histórico foi positivado nos arts. 3º, I, 5º, 142 e 144 da CR, que devem ser lidos em conjunto. A segurança no interior do território estatal tem dois fundamentos: o dever de abstenção do uso do desforço pessoal pelos particulares e o monopólio da violência pelo Estado¹².

Nos casos normais, as quebras do dever de convivência pacífica e, de modo mais amplo, as ofensas do direito positivo resolvem-se pelos instrumentos normais de segurança pública, previstos sobretudo no art. 144 da CR. Em se tratando de crimes, seu combate ocorre, de início, pela polícia de segurança pública ou pela judiciária, pela ação penal pelo Ministério Público e pelo julgamento do Judiciário. A imensa maioria dos fatos criminosos encaixa-se, literalmente, no esquema predeterminado pela Constituição como de segurança pública, vale dizer, os organismos normais do Estado sobrepujam os atos topicamente contrários à sua ordem jurídica e, assim, são neutralizados pelos meios penais, em se tratando de crimes, objeto do processo. O monopólio da violência estatal é exercido pelo sistema de justiça penal, do qual resulta o restabelecimento da paz social.

Ocorre que a história recente do Brasil colocou em cena novas formas de criminalidade que já não se deixam subjugar pelos mecanismos normais do art. 144 da CR, em desafio ao fundamento e dever básico do Estado de garantia de segurança, em sentido amplo, a seus cidadãos. Tais fenômenos recentes, cujas faces mais visíveis são as facções criminosas, as milícias, a infiltração de criminosos em cargos públicos, a associação entre delinquentes e agentes das polícias, vão muito além do mero desejo da realização impune de crimes. Seus autores planejam e, frequentemente, estabelecem poder paralelo ao do Estado brasileiro, inclusive mediante ações que oscilam entre a exterminação de adversários, a imposição draconiana de códigos comportamentais em seus domínios até a oferta de benefícios assemelhados às prestações estatais faltantes ligadas à saúde, previdência e assistência social. Muitas vezes, esse complexo de atividades ilícitas con-

¹¹ Isensee, nota 10, p. 4.

¹² Isensee, nota 10, p. 23-24.

correntes com o Estado ocorre em precisa delimitação territorial. O intuito de tais organizações criminosas já não é mais se desenvolver no interior do Estado, evitando as consequências penais de praxe, mas de se assenhorar de porção da soberania, substituindo a comunidade jurídica nacional, sem, contudo, atacar-lhe a institucionalidade. Ao invés de guerra aberta, parte-se para a guerrilha, em certos domínios do território estatal. Tais atividades ocorrem, claro, em detrimento dos direitos fundamentais, a que o Estado é constitucionalmente obrigado a respeitar e a fazer serem observados pelos particulares.

Em reação a esse conjunto de novos fenômenos sociais, o Estado tem dado respostas com diversos graus de eficácia ao problema, quer no nível federal, quer no estadual. Com muita frequência, causas econômicas, legislativas, do próprio sistema de justiça penal (polícias, Ministério Público e Judiciário) têm levado ao fracasso das políticas de segurança. O aperfeiçoamento da resposta estatal a esses problemas, inclusive mediante o implemento de políticas públicas de melhora da condição de vida dos brasileiros, é tema para os instrumentos normais não só do art. 144 da CR, mas de toda a rede estatal de proteção às pessoas.

Sucedem que, por vezes, a situação de fato em determinada parcela do território estatal escapa do controle das autoridades federais ou estaduais competentes. Instaura-se o predomínio de organizações criminosas, em porções urbanas e rurais, com o exercício localizado e paraestatal de poder, sem, contudo, provocar instabilidade institucional, para além desses domínios muito fragmentários, normalmente circunscritos a bairros ou suas subunidades. A institucionalidade estatal continua globalmente a funcionar, embora os autores de ilícitos se assenhem de feudos do crime, onde exercem atributos da soberania estatal e outros, para muito além do que o direito positivo permite. Caracteriza-se, assim, a situação tratada no art. 15, § 3º, da CR, ou seja, de esgotamento dos instrumentos da segurança pública, para reprimir e dissuadir as ameaças à sociedade, como todo, e aos direitos de pessoas específicas.

A situação disciplinada na parte questionada da LC 97 é grave, mas não ao ponto de autorizar a decretação dos estados de defesa ou de sítio. Exatamente por isso, sua adoção implica menores restrições dos direitos

fundamentais do conjunto da sociedade e das pessoas individualmente atingidas pela atividade militar¹³. De estado de sítio do art. 137 da CR não se cuida, pois não está em causa a guerra ou a resposta de agressão estrangeira armada, nem se está diante de “comoção grave de caráter nacional”, mas muito mais de problemas topograficamente limitados. Tampouco se constata, na configuração básica do problema descrito, situação autorizadora da decretação do estado de defesa, pois não se lida com calamidades naturais, nem se restaura a ordem local, em virtude de “grave e iminente instabilidade institucional”, de que fala o art. 136 da CR. O fenômeno recente indicado caracteriza-se pela convivência, em paralelo, do mundo estatal com o da criminalidade, que, contudo, assenhora-se de parcela do território nacional, para nele usurpar o monopólio estatal da violência legítima.

Uma vez configurada essa situação de incapacidade do poder estadual ou federal de lidar com os meios da segurança pública, parece haver a alteração do problema, em termos jurídicos. A crise deixa de se pôr em termos de delitos, de que o constrangimento ilegal é o protótipo mais amplo e brando, para ganhar a densidade de sublevação tópica ou de negação do valor global da ordem jurídica, mesmo que desprovido do intento, desde logo, de confrontar a totalidade das instituições, mas se circunscrever sobretudo ao enfrentamento das forças policiais, já incapazes de responder à altura a agressão. Nessa medida, o problema é, em primeira linha, de direito constitucional, de garantia das prerrogativas da soberania estatal, com desdobramentos secundários penais e apenas terciários de ordem processual penal. Para designar o problema por um dos aspectos essenciais do estado – o espacial –, parece lícito afirmar que a questão migra do subsistema constitucional da segurança pública, que é a repressão de transgressões da ordem jurídica, e assume foros de questionamento da própria soberania do Estado, a suscitar mecanismos mais drásticos de sua proteção, quando se lhe subtraem parcelas de seu território do poder de império, ainda que não se pretenda a substituição imediata de toda a organização estatal. Mas é evidente que similar

¹³ Entre elas, não se conta a submissão dos ilícitos ao foro militar, pois se cuida de opção legislativa conforme a Constituição, como se passa a demonstrar.

processo de corrosão da autoridade estatal, pela usurpação localizada de seu monopólio do uso legítimo da violência, tende a destruí-lo, uma vez que os focos de estados de exceção do direito deixem de ser arquipélago esparso para se tornar continente, no qual se dá a luta de todos contra todos, com o predomínio inevitável da lei do delinquente mais forte.

O referido estado de fato localizado de negação da ordem jurídica, como um todo, autoriza o emprego das Forças Armadas, nos termos de sua missão constitucional de “garantia da lei e da ordem”, sempre a pedido do poder civil e nos limites do direito.

Consequências importantes advêm da conclusão de que a restauração da lei – e, em especial, dos atributos da soberania postos em causa, em certa parte do território brasileiro – integra as atribuições das Forças Armadas. Em primeiro lugar, o legislador está autorizado a qualificar, como militares, os crimes relacionados às atividades que tenham relação com a finalidade de prevalência da lei e da ordem, pois nisso não vai nenhuma deturpação ou arbitrariedade da extensão do conceito constitucional de crime militar. Ademais, a atribuição de competência para julgar tais crimes à Justiça Militar tampouco ofende a Constituição; ao reverso, é o efeito processual da anterior premissa de direito penal que, por sua vez, decorre dos pressupostos de direito constitucional acima demonstrados. Por fim, ao menos no ponto, não parece haver atrito entre a conclusão aqui defendida e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O pressuposto dos julgados do STF referidos na petição inicial parece ser o de que, no exercício das funções do art. 144 da CR, os crimes cometidos por membros das Forças Armadas não se sujeitam à Justiça Militar. Assentado, porém, que a restauração da lei e da ordem, nos termos da LC 97, é qualitativamente algo diverso das atividades do art. 144, por dizer respeito à soberania, não parece haver motivo para a transposição da *ratio* dos julgados do STF para a hipótese aqui discutida.

Solução em tudo similar à precedente vale, talvez até com maior razão, para a atividade das Forças Armadas desenvolvida ao longo das fronteiras internacionais da República. Avulta aqui, por motivos evidentes, ligados à integridade do território nacional e ao exercício das prerrogativas da sobe-

rania em seu interior, o caráter tipicamente militar das tarefas disciplinadas na LC 97. A repressão aos crimes na faixa de fronteiras, águas e espaço aéreo brasileiros é apenas a qualificação penal da gravidade exacerbada dos atos que, naqueles pontos do território nacional, desafiam a soberania do Estado brasileiro.

Concorrem os mesmos motivos – de garantia geral da prevalência do direito positivo, em bloco, e não da repressão pontual de delitos –, na atividade das Forças Armadas destinada à preservação da tranquilidade do ambiente no qual os cidadãos da República exercerão direito ligado à soberania – votar e ser votado. Sem prejuízo da atividade do sistema de justiça penal e da repressão a ilícitos eleitorais de índole administrativa, incumbe às Forças Armadas, em atividade militar, assegurar as condições de liberdade para o exercício do sufrágio universal, sem a intromissão das organizações criminosas que turbam a livre manifestação da vontade popular.

A tese de que os aspectos questionados da LC 97 violam ou expõem direitos humanos ou individuais a risco também merece crítica. Similar visão do problema parece, *data venia*, unilateral e comprometida pela perspectiva do que se passa em nações de alto desenvolvimento social, cuja soberania estatal nem sequer é arranhada pelo estabelecimento de poderes paralelos. O outro lado da moeda, é contudo, mostrado por *Zeidler* cujo pensamento parece atingir o cerne do problema, embora seja cidadão de país altamente desenvolvido: “um Estado que, em desobediência às tarefas impostas pelo Estado de direito, impõe a seus cidadãos conviver com o medo permanente, implicado pela criminalidade agressiva, não deve ser avaliado, segundo padrões de cultura jurídica e de civilização política, como superior àquele que permite à sua polícia e aos órgãos de segurança prender arbitrariamente, espancar e torturar e enterrar vivos os dissidentes ideológicos em instituições mentais”¹⁴.

¹⁴ *Zeidler*, *apud* Isensee, nota 10, p. 57, com seu evidente endosso: “Ein Staat, der in Mißachtung des vom Rechtsstaatsprinzip ihm gestellten Auftrages seinen Bürgern auferlegt, dergestalt in Furcht vor aggressiver Kriminalität als dauernder Begleiterscheinung zu leben, ist nach den Maßstäben von Rechtskultur und

Ademais, a declaração da (inexistente) inconstitucionalidade da LC 97 produziria efeitos restritivos da liberdade individual, em muito maior medida, do que a decorrente da alegada invalidade do aludido diploma legal complementar¹⁵. O emprego das Forças Armadas, na restauração da lei e da ordem, quando já insuficientes os meios dos órgãos do art. 144 da CR, só se poderia dar pela via do estado de defesa ou de sítio, dos arts. 136 e 137 da CR. Ambas as alternativas, entretanto, restringiriam maior número de direitos fundamentais de toda a coletividade e não apenas das pessoas diretamente atingidas pelas operações militares. Haveria, portanto, certo contrassenso na medida que, a pretexto de resguardar direitos fundamentais de poucas pessoas, atingiria os de toda a população de parcelas do território nacional. Sobretudo por já se ter demonstrado acima que os direitos humanos dos acusados em processos criminais não são ofendidos pela declaração da competência da Justiça Militar, para os delitos em causa. A diminuição da liberdade adviria da suposta invalidade da lei, um resultado nada harmônico com a premissa de sua preservação, em especial, no contexto do sistema da Constituição de 1988.

Argumento contrário ao ponto de vista aqui defendido, mas impertinente, tem que ver com o eventual emprego pretérito ou futuro do instituto constitucional regulado na LC 97 fora das hipóteses de seu cabimento. Como frequentemente ocorre em direito, a mera possibilidade de que determinada regra seja aplicada fora de suas hipóteses de incidência não implica a invalidade da própria autorização normativa. A invalidade não será do complexo normativo que regula certa matéria, mas do ato concreto que o mal aplicar a certo caso. Sucede que o controle abstrato de normas não se presta à revisão de atos individuais que tenham extrapolado os limites da Constituição e da lei que a pormenoriza. A solução para tal problema não será, assim, equívoco reconhecimento de invalidade da lei,

politischer Zivilisation nicht höher zu bewerten als ein Staat, der seiner Polizei und den Sicherheitsorganen gestattet, willkürlich zu verhaften, zu prügeln und zu foltern und Andersdenkende in Irrenanstalten lebendig zu begraben”.

¹⁵ Tudo isso, no falso suposto da incompetência da Justiça Militar.

mas o controle rígido da presença de seus pressupostos, para que as medidas nela descritas, notadamente de atividade militar para a restauração da lei e da ordem não sejam banalizadas.

7 CONCLUSÃO

O Procurador-Geral da República opina pela improcedência da ação direta.

Brasília, 12 de setembro de 2017.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Artigos temáticos: Lei 13.491/2017

Tipicidade dos crimes militares em tempo de paz: proposta de subsunção de condutas após a Lei 13.491/17

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar em Santa Maria (RS)
Membro colaborador da Comissão de Preservação da Autonomia do
Ministério Público (CPAMP) junto ao Conselho Nacional do MP
Mestre em Direito Penal pela PUC de São Paulo
Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro
de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de identificar as formas típicas dos crimes militares após a edição da Lei n. 13.491/17, que ampliou substancialmente as possibilidades de subsunção de condutas a tipos penais incriminadores. Além de identificar essas formas ou categorias de tipos penais militares incriminadores, pretende-se inaugurar raciocínio sobre a tipicidade que prestigie o escopo do Direito Penal Militar, buscando-se uma interpretação teleológica que mantenha o conteúdo principiológico da política criminal vigente à época da edição do Código Penal Militar, para que, assim, evite-se a deficiência na proteção dos bens jurídicos penais militares.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Militar. Tipicidade. Novos tipos penais militares incriminadores. Interpretação teleológica.

ENGLISH

TITLE: Typicality of military crimes in peacetime: proposal for subsumption of conduct after law 13.491/17.

ABSTRACT: The present paper aims to identify the typical forms of military crimes after the issue of Act N. 13.491/17, which substantially expanded the possibilities of subsumption of conduct to incriminating criminal types. In addition to identifying these forms or categories of incriminating military criminal types, it is intended to inaugurate reasoning on the typicality that can honor the scope of military criminal law, seeking a teleological interpretation that maintains the logical principle of the criminal policy in force at the time of the issue of the military Penal code, thus avoiding the deficiency in the protection of military criminal legal assets.

KEYWORDS: Military Criminal law. Typicality. New incriminating military Criminal types. Teleological interpretation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Os eixos da nova lei – 3 Posições doutrinárias sobre o tema selecionado – 4 Identificação de espécies de tipos penais incriminadores após a nova lei – 5 Uma proposta de subsunção de conduta a tipos penais militares com arrimo na interpretação teleológica – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Militar conheceu, em outubro do ano passado, a sua mais relevante inovação legislativa trazida pela Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017.

Como um dos eixos trazidos pela novel legislação – identificam-se dois eixos nela contidos – está uma ampliação no conceito de crime militar em tempo de paz. Pode-se, agora, como será esmiuçado adiante, concluir pela prática de um crime militar ainda que não haja no Código Penal Militar (CPM) tipo penal incriminador para a conduta analisada, isso com lastro em tipos penais previstos na legislação penal comum e em algumas circunstâncias trazidas pelas alíneas do inciso II do art. 9º do Código Penal Castrense.

Alguns autores já avaliaram o impacto da nova realidade sob vários aspectos, partindo desde a sua (in)constitucionalidade formal e material – registre-se, aliás, que pendem no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.804, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL), a discutir a constitucionalidade dos dispositivos trazidos pela Lei n. 13.491/17 –; passando pela natureza da nova lei (se penal ou processual penal), com a avaliação de questões intertemporais; e chegando a questões de aplicação prática, como a importação de institutos do Direito Penal e Processual Penal comuns para o Direito Castrense (ação penal, possibilidade de fiança em crimes militares, atribuição de apuração de crimes dolosos contra a vida pela polícia judiciária militar etc.), aspectos que não serão prestigiados na construção que se seguirá.

Mesmo diante dessas posições doutrinárias, todavia, sente-se a necessidade – e esse será o foco do raciocínio que se apresenta – de avaliar o ponto primeiro da análise desse impacto, a saber, a tipicidade dos crimes militares (em tempo de paz) para as condutas perpetradas após a publicação da nova lei (16 de outubro de 2017)¹, sem o que todas as demais discussões tornam-se movediças.

Com efeito, o primeiro ponto na identificação do delito, em respeito ao princípio da legalidade trazido pelo inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF) – assim como nos primeiros artigos do Código Penal comum (CP) e do CPM – é verificar se a lei define, abstratamente, a conduta como crime, pela previsão de um tipo penal incriminador, o que leva, após a edição da mencionada Lei n. 13.491/17, ao questionamento de qual tipo penal deve ser observado em determinadas situações.

¹ Para os fatos praticados antes da publicação da Lei n. 13.491/17 há intensa discussão doutrinária de acordo com a premissa eleita sobre a natureza dessa lei, o que remete a um elemento interpretativo adicional trazido pelo inciso XL do art. 5º da CF, segundo o qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Esta discussão, como indicado, não fará parte do raciocínio construído.

Afinal, teria havido a revogação tácita de alguns tipos penais militares com a nova lei ou apenas houve a ampliação do rol dos crimes militares, com a manutenção dos tipos penais previstos no CPM?

É com essa indagação inicial que se pretende construir uma proposta, mas não uma proposta hermética, imune a críticas e erros – mesmo porque a última palavra caberá, como sói acontecer, ao Supremo Tribunal Federal –, mas uma mera sugestão para a reflexão que, ainda que contraposta, significará um ponto de partida para avaliar outros aspectos inerentes à nova realidade.

2 OS EIXOS DA NOVA LEI

Como suscitado acima, há dois eixos disciplinados pela nova Lei, ao alterar o artigo 9º do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar, a saber: a redefinição de crime militar, conceito agora mais abrangente; e a pormenorização da competência da Justiça Militar da União – ou do órgão da Justiça Militar da União, conforme a interpretação – nos crimes militares dolosos contra a vida de civis.

No primeiro eixo, está a alteração do inciso II do art. 9º do CPM, que passou a considerar crimes militares não só os previstos neste mesmo Código Castrense, mas também os da legislação penal, nas hipóteses trazidas pelas alíneas do inciso.

O rol dos crimes militares, em outros termos, foi expandido, o que se nota facilmente com a comparação do texto anterior com o posterior à Lei n. 13.491/17:

QUADRO COMPARATIVO DA REDAÇÃO DO INCISO II DO ART. 9º DO CPM (antes e depois da Lei n. 13.491/17)	
REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:	II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

Na redação anterior, para que o crime fosse considerado militar pelo inciso II, a premissa era a de que o fato deveria estar tipificado no CPM e

na legislação penal comum de maneira idêntica. Preenchida essa premissa, o próximo passo na constatação do crime militar era verificar se uma das hipóteses do inciso II estava presente, a saber, a prática do fato 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). O exemplo claro é o do homicídio simples, tipificado identicamente no art. 121 do CP e no art. 205 do CPM, que praticado por um militar da ativa contra um militar da reserva, em lugar sujeito à administração militar, era considerado crime militar.

Com a nova disposição, os crimes militares tipificados de maneira idêntica no CPM e na legislação penal comum seguem a mesma lógica de antes, mas houve o acréscimo dos tipos penais constantes da legislação penal comum que não possuem idêntica previsão no CPM, os quais, hoje, se enquadrados em uma das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Castrense, as mesmas acima enumeradas, serão, em regra, crimes militares. Trata-se de novos crimes militares, denominados pela doutrina de crimes militares extravagantes (NEVES, 2017, pp. 23-28), crimes militares por equiparação à legislação penal comum² ou crimes militares por extensão (ASSIS, 2018, p. 39). Esses novos crimes militares devem ser considerados, também, crimes impropriamente militares, para os fins que assimilam essa categoria, a exemplo do disposto na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF e do inciso

² PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2018.

II do art. 64 do CP, isso com a adoção da teoria clássica, malgrado posição doutrinária em sentido diverso (ASSIS, 2018, p. 38).

A título de exemplo, 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.

No segundo vetor (eixo) disposto pela nova lei, está a fixação da competência para processar e julgar o crime militar doloso contra a vida de civil, o que se processou por uma inclusão de parágrafos ao art. 9º do CPM. Recorra-se, novamente, ao quadro comparativo das redações anteriores e atual:

QUADRO COMPARATIVO DA REDAÇÃO DOS PARÁGRAFOS DO ART. 9º DO CPM (antes e depois da Lei n. 13.491/17)	
REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
<p>Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica.</p>	<p>§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.</p> <p>§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:</p> <p>I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;</p> <p>II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou</p> <p>III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:</p> <p>a) Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;</p> <p>b) Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999;</p> <p>c) Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e</p> <p>d) Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.</p>

Avaliando a nova redação, tem-se em primeiro plano a ratificação de que o crime doloso contra a vida de civil, enquadrado em uma das hipóteses do art. 9º, é um crime militar que, em algumas situações, é processado e julgado pelo Tribunal do Júri, ou, se assim não se concluir, os incisos do novo § 2º são inconstitucionais em cotejo com o disposto no art. 124 da CF, já que se estaria atribuindo a essa Justiça Especializada a competência para processar e julgar crimes não militares.

Tem-se, ademais, que a alteração trazida pelo primeiro eixo reflete na compreensão do segundo, visto que os crimes militares dolosos contra a vida sofreram ampliação, já que, agora, pelo novo inciso II do art. 9º, crimes como o já citado aborto provocado por terceiro e o infanticídio poderão ser militares (crimes militares extravagantes).

Analisando o § 1º, em continuação, verifica-se que ele é aplicável a todos os militares, sejam integrantes das Forças Armadas, sejam militares dos Estados (policiais militares e bombeiros militares), com a ressalva de que, no primeiro caso, a análise constitucional deve ser à luz do art. 124, enquanto, no segundo, será reitor dessa análise o § 4º do art. 125, ambos da CF. Esses dois dispositivos constitucionais definem a competência da Justiça Militar da União – processar e julgar os crimes militares definidos em lei – e das Justiças Militares Estaduais e do Distrito Federal – processar e julgar os militares do Estado nos crimes militares definidos em lei, ressalvada a competência do Tribunal do Júri, e as ações judiciais contra atos disciplinares.

A nova redação, acrescente-se, não excepciona mais em favor da justiça comum, mas em favor do Tribunal do Júri, realidade que reforça a discussão sobre a possibilidade da instalação desse órgão na Justiça Militar, o que pode ser uma maneira bem interessante de “salvar” o emaranhado gerado pela Lei n. 13.491/17³.

³ Ressalte-se que aqui é consignada uma evolução no raciocínio, visto que na primeira construção sobre o tema (*in* 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, p. 23-28, set./dez. 2017) não se enxergava essa possibilidade de “salvar” o desastroso texto.

Melhor explicando, no âmbito da Justiça Militar da União, o art. 124 da CF é muito claro em definir que todo crime militar será de competência da Justiça Militar. Assim, entendendo que a nova redação se refere a um Tribunal do Júri instalado na Justiça Militar, não haveria afronta constitucional pela norma ordinária.

Aliás, como bem se sabe, essa discussão já foi travada quando da edição da Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, que trouxe o tema ao Direito Castrense pelo acréscimo do agora antigo parágrafo único do art. 9º do CPM. Entre idas e vindas, o Superior Tribunal Militar findou por pender pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, como no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 144-54.2014.7.01.0101/RJ, julgado em 9 de junho de 2016, sob Relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira.

Tratou-se, no caso, de homicídio contra um civil, supostamente cometido por um militar do Corpo de Fuzileiros Navais, durante uma ação militar realizada em abril de 2014, após um confronto entre criminosos e uma patrulha do Grupamento de Fuzileiros Navais – pertencente à Força de Pacificação São Francisco –, no Complexo da Maré. A Superior Corte Castrense, por unanimidade, acolheu o voto do relator, decidindo que a Justiça Militar da União é competente para julgar a matéria, sob a premissa de que o então vigente parágrafo único do art. 9º do CPM era inconstitucional.

Em se entendendo, por outro bordo, que o Tribunal do Júri mencionado no novo § 1º do art. 9º do CPM refere-se unicamente à Justiça Comum, haverá a mesma inconstitucionalidade material verificada quando da vigente redação do parágrafo único do art. 9º do mesmo Códex, sendo muito lógico que o Superior Tribunal Militar mantenha a visão exposta no julgamento do Recurso em Sentido Estrito supracitado.

No caso das Justiças Militares dos Estados, a análise é um pouco mais complexa, dado que, após a mencionada Lei n. 9.299/96 – que também gerou, de início, manifestações doutrinárias por sua inconstitucionalidade material, mas que foi aplicada a fórceps por decisão dos Tribunais, em espe-

cial do Superior Tribunal de Justiça⁴ e do Supremo Tribunal Federal⁵ –, uma mudança constitucional substancial ocorreu no § 4º do art. 125, pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

O mencionado dispositivo constitucional consignava, antes da EC 45/2004, que competia

à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Na atual redação, tem-se que compete

à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Em uma primeira aproximação, há a clara impressão de que a competência do júri mencionada na nova redação excepciona a competência da Justiça Militar Estadual, de sorte que esse Tribunal do Júri somente poderia ser na Justiça Comum. Por outro lado, defensores de um Tribunal do Júri nas Justiças Militares Estaduais podem argumentar que esse Órgão de Julgamento, como garantia do cidadão prevista no inciso XXXVIII do art. 5º da CF, não está atrelado a determinada Justiça; pode, a exemplo do que ocorre na Justiça Federal, ser organizado na Justiça Militar. Por essa razão, doutrinadores sustentam essa possibilidade com muito vigor⁶.

⁴ 3ª Seção, CComp. 17.665/SP, rel. Min. José Arnaldo, j. 27-11-1996.

⁵ Pleno, RE 260404/MG, rel. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, j. 22-3-2001.

⁶ STREIFINGER, M. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. *Direito militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 893 e seguintes. ROCHA, F. A. N. G. Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual. *Jusmilitaris*. Disponível em <http://jusmilitaris>.

Seja como for, numa ou noutra vertente – Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual ou Tribunal do Júri na Justiça Comum dos Estados –, o atual § 1º do art. 9º do CPM não fere a Constituição no que se refere à órbita estadual. No caso da Justiça Militar da União, a constitucionalidade (material) do dispositivo exige que esse Tribunal do Júri seja na Justiça Castrense federal.

À guisa de exemplo, se um militar da Polícia Militar matar dolosamente, em serviço, um civil, haverá subsunção do fato ao art. 205, combinado com a alínea “c” do inciso II do art. 9º, tudo do CPM. A competência para processar e julgar será do Tribunal do Júri, com respaldo do art. 125, § 4º, da CF, que se instalará na Justiça Comum ou na Justiça Militar Estadual, conforme a vertente adotada.

Em outra senda, se um militar da ativa do Exército, receber um civil como visita em seu quartel e, após uma discussão, o matar dolosamente em área sujeita à administração militar – crime militar nos termos do art. 205 cc a alínea “b” do inciso II do art. 9º do CPM –, a pretensão da nova lei é de que ele seja processado e julgado pelo Tribunal do Júri, mas esse órgão deverá ser instalado na Justiça Militar da União, para satisfazer o comando constitucional do art. 124, sob pena de todas aquelas discussões sobre a inconstitucionalidade material do outrora vigente parágrafo único do art. 9º ressurgirem.

Diversamente do § 1º, o novo § 2º do art. 9º é aplicável apenas aos militares das Forças Armadas e nas condições de seus incisos, quando os autores do crime militar doloso contra a vida de civil serão processados e julgados pela Justiça Militar da União, não por um Júri Popular, mas pelos órgãos de escabinato, em que a mista composição de juiz togado e juízes militares possibilitará a adequada compreensão do fato sob as peculiaridades do exercício das missões militares, em sentido genérico.

Pela estrita previsão do § 2º do art. 9º, o crime militar doloso contra a vida de civil (tantos os previstos no CPM – v.g. homicídio – como aqueles previstos na legislação penal comum – v.g. aborto provocado por terceiro –, quando praticados em uma das situações do inciso II do art. 9º também

com.br/sistema/arquivos/doutrinas/juri.pdf. Acesso em: 5 jul. 2018. ASSIS, J. C.. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 82 e 114.

do CPM) serão de competência da Justiça Militar da União, entenda-se, dos Conselhos de Justiça (permanente ou especial), quando praticados:

- a) no cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa (inciso I do § 2º do art. 9º do CPM), a exemplo da atuação na intervenção federal em Unidade Federativa;
- b) em ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante (inciso II do § 2º do art. 9º do CPM), a exemplo da atuação como sentinela no serviço de dia de um quartel;
- c) em atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da CF e na forma da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica (alínea “a” do inciso III do § 2º do art. 9º do CPM) – a exemplo do tiro de destruição de aeronave hostil –; da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999 (alínea “b” do inciso III do § 2º do art. 9º do CPM) – a exemplo de atuação no contexto de Garantia da Lei e da Ordem ou de Defesa Civil (subsidiária geral, nos termos do art. 16 da Lei Complementar n. 97/99) –; do Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar (alínea “c” do inciso III do § 2º do art. 9º do CPM) – a exemplo da atuação de escolta de presos em desempenho da Polícia Judiciária Militar –; e da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral (alínea “d” do inciso III do § 2º do art. 9º do CPM) – como no caso da atuação de Garantia da Votação e Apuração (GVA).

Na tarefa a que se propõe este trabalho, claro, interessa apenas a alteração trazida pelo primeiro eixo, ou seja, a redação ampliativa do inciso II do art. 9º do CPM.

3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O TEMA SELECIONADO

Delineados os eixos da nova realidade normativa, impõe-se agora verificar o aporte doutrinário existente, mas não sobre a Lei n. 13.491/17 como um todo, e sim em relação à tarefa de subsumir condutas aos tipos penais militares hoje existentes.

Nas visões até agora existentes, não houve uma preocupação detida em identificar as espécies de tipos penais incriminadores hoje possíveis, mas apenas um detido esforço em comentar os tipos penais dos crimes militares extravagantes⁷.

Fora dessa tendência, já em uma discussão avançada sobre a nova lei, Fernando Galvão inovou ao identificar um conflito aparente de tipos penais incriminadores no caso específico de posse e tráfico de drogas, sustentando que, com a edição da Lei n. 13.491/17, o tipo penal incriminador do art. 290 do CPM teria sido revogado, prevalecendo, agora, os arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, *verbis*:

Com a mudança promovida pela Lei 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui

⁷ MARREIROS, Adriano Alves. *Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida: um resumo didático da confusão que se reinicia...* Disponível em file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/OYF326G7/740512c5-adriano-marreiro.pdf. Acesso em: 4 jul. 2018. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Novos desafios na competência criminal*. Disponível em <http://www.aprapr.org.br/2017/10/16/justica-militar/>. Acesso em: 4 jul. 2018. FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>. Acesso em: 4 jul. 2018. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei dos Crimes Hediondos e sua aplicação na Justiça Militar face à Lei 13.491/17*. Disponível em https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/522089705/lei-dos-crimes-hediondos-e-sua-aplicacao-na-justica-militar-face-a-lei-13491-17?ref=topic_feed. Acesso em: 4 jul. 2018.

realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006.

No conflito aparente que se estabelece entre as normas incriminadoras militares dos arts. 290 do Código Penal Militar, arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006, deve prevalecer as disposições mais recentes da Lei 11.343/2006. A rigor, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de saber que a previsão típica posterior revoga a previsão típica anterior.⁸

Muito perspicaz a visão do autor ao identificar tipos penais que podem ser conflitantes, mas a construção merece ir além, buscando a identificação de todas as possibilidades típicas, ou, ao menos, daquelas que podem ser representadas neste estágio de absorção e discussão da nova Lei, o que se buscará no próximo tópico.

4 IDENTIFICAÇÃO DE ESPÉCIES DE TIPOS PENAIS INCRIMINADORES APÓS A NOVA LEI

A nova realidade normativa, sob o enfoque do fato típico, especificamente na tipicidade, exige a reflexão sobre quais possibilidades hoje existem de tipos penais militares incriminadores.

Em direcionada reflexão – sem prejuízo de mudança futura de posicionamento, dada a recenticidade evidente da nova Lei –, é possível identificar cinco possibilidades típicas para os crimes militares.

⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>. Acesso em: 4 jul. 2018.

De partida, há os crimes militares cujos tipos penais somente existem no CPM (abrangidos pelo inciso I do art. 9º do CPM). Esses delitos não foram afetados pela nova Lei, já que não houve alteração de dispositivos da Parte Especial e nem do inciso I do art. 9º do CPM. São exemplos os crimes de deserção (art. 187 do CPM) e de abandono de posto (art. 195 do CPM).

Muito próximos da primeira categoria estão os crimes que possuem tipificação no CPM e na legislação penal comum, mas que no primeiro apresentam um elemento típico distintivo, substancial, propositadamente idealizado pelo legislador, trazendo alguma peculiaridade à descrição típica quase que iluminando uma objetividade jurídica peculiar à vida de caserna (também abrangidos pelo inciso I do art. 9º do CPM). Aqui, igualmente, não houve afetação da nova realidade normativa, pelas mesmas razões apontadas na primeira categoria. Como exemplo, cite-se o crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM), que comparado ao crime de mesma rubrica no CP (art. 299 do CP), possui um substancial elemento típico conscientemente trazido pelo legislador (“desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar”), deixando claro que o objeto jurídico que se pretende garantir é específico, diverso do Direito Penal comum. Também enquadra-se nessa categoria o já mencionado crime do art. 290 do CPM (Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar), discordando da solução trazida por Fernando Galvão, que será detalhado nas propostas adiante consignadas.

A terceira hipótese ocorre naqueles tipificados de maneira idêntica no CPM e na legislação penal comum – isso focando-se a descrição típica do preceito primário –, abrangidos pela primeira hipótese do inciso II do art. 9º do CPM e que apenas se tornam crimes militares quando praticados em uma das condições das alíneas desse inciso. Exemplos dessa categoria são os crimes de homicídio simples (arts. 205 do CPM e 121 do CP) e de furto (arts. 240 do CPM e 155 do CP).

Uma quarta categoria encerra aqueles cuja tipificação seria idêntica no CPM e na legislação penal comum, mas, acidentalmente, por razões variadas, tornaram-se diferentes. Aqui, a eleição de um elemento típico

distintivo não ocorreu voluntariamente, mas por alguma outra razão fora do controle do legislador penal militar.

Dois exemplos interessantes esclarecerão essa categoria, a saber, o crime de estupro e a corrupção passiva. No caso do crime de estupro, na *ratio* do legislador penal militar, ele seria um crime enquadrado na categoria anterior, com idêntica tipificação no CPM e na legislação penal comum. Com efeito, os arts. 232 do CPM e 213 do CP possuíam igual descrição típica, mas, em função da alteração trazida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, o tipo penal comum foi alterado, distanciando-se substancialmente do tipo penal militar, mas apenas por um esquecimento – quase uma negligência – do legislador, sem a vontade especializante do legislador penal militar. Entende-se, como já defendido anteriormente⁹, que neste caso os delitos devem continuar a ser abrangidos pelo inciso II do art. 9º, por uma fidelidade à mensagem do legislador penal militar, em uma interpretação teleológica.

No caso do crime de corrupção passiva, tem-se que a redação do art. 308 do CPM é substancialmente distinta da descrição do art. 317 do CP, porque neste há um verbo nuclear a mais, o “solicitar”. Essa diferença, no entanto, também foi acidental, vez que o parâmetro de comparação pretendido pelo legislador penal militar de 1969 não foi a redação da Parte Geral do CP de 1940, mas o art. 357 do CP de 1969 – antes da edição da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, de sorte que redação do CP de 1940 não pode ser parâmetro de comparação para o cotejo proposto.

Na redação original do CP de 1969 também não havia o verbo nuclear “solicitar”, instalando-se aqui a razão de comparação entre o CPM e a legislação penal comum. Todavia, como sabido, esse Diploma foi revogado antes de entrar em vigor, merecendo a alcunha de “Natimorto Código Penal de 1969”, levando a uma acidental dissonância entre os tipos penais cotejados. Aqui também se entende que a abrangência deve ser pelo inciso II

⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/art9cpm.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2018.

do art. 9º do CPM, prestigiando-se a essência do que pretendia o legislador penal militar¹⁰.

A última categoria vislumbrada está naqueles crimes cuja tipificação está apenas na legislação penal comum, sem par e sem proximidade com os tipos penais incriminadores previstos no CPM. Aqui reside a essencial alteração da Lei n. 13.491/17, encerrando os crimes militares extravagantes, abrangidos pela nova redação do inciso II do art. 9º do CPM.

5 UMA PROPOSTA DE SUBSUNÇÃO DE CONDUTAS A TIPOS PENAIIS MILITARES COM ARRIMO NA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Interpretar uma lei é definir o exato alcance de seu texto, ou seja, delimitar o espectro de abrangência da norma penal. Como bem ensina Fragoso, através “da interpretação descobre-se o significado atual da norma, ajustando-a, dentro de sua possível capacidade de expansão, às exigências e concepções do presente”(FRAGOSO, 2004, p. 99).

A interpretação da norma penal conhece espécies, de acordo com a vertente que se adote, mas uma das formas de classificar a interpretação é focando o meio utilizado para absorver o conteúdo normativo da lei, podendo ser gramatical (ou literal), lógica ou teleológica.

A interpretação literal é aquela que se prende ao sentido e significado das palavras que a lei contém, envolvendo seu aspecto gramatical e sintático. Com muita perspicácia, Fragoso enxerga na interpretação literal não propriamente uma espécie de interpretação, mas, seguindo sua visão unitária do fenômeno interpretativo, o estágio inicial de um processo que deve ser norteado pelas seguintes premissas:

- (a) Em princípio, nenhuma palavra na lei é supérflua;
- (b) Em regra, as expressões empregadas pela lei têm significado técnico e não vulgar. Todavia, somente a

¹⁰ Cf. NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/art9cpm.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2018.

própria interpretação poderá esclarecer quando determinada expressão aparece na lei em sentido comum ou em seu sentido técnico-jurídico. Frequentemente, as palavras aparecem não no sentido técnico que apresentam em outros ramos do direito, mas com específico significado jurídico-penal. É o caso, por exemplo, da noção jurídico-penal de domicílio (art. 150, CP), que é diversa do conceito que fornece o direito privado (art. 70, Código Civil de 2002)¹¹; (c) Em regra, o singular não exclui o plural e o emprego do gênero masculino não exclui o feminino. (FRAGOSO, 2004, p. 101)

Uma outra espécie dentro da classificação de acordo com o meio é a interpretação lógica, compreendida como aquela que busca “a vontade da lei, seu conteúdo, por meio de um confronto lógico entre seus dispositivos” (MIRABETE, 2008, p. 34). Não se limita, portanto, à mera literalidade, consistindo em

procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, como aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica legal. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta. (MAXIMILIANO, 2011, p. 100)

Um bom exemplo está na análise sistêmica do CPM, para definir a estrutura analítica do delito, contendo o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Note-se que o art. 33 do referido diploma coloca, sob a rubrica da culpabilidade, os conceitos de dolo e de culpa, além de prescrever excludentes de culpabilidade com base na coação irresistível e na obediência hierárquica (art. 38) e na inexigibilidade de conduta diversa do estado de necessidade exculpante (art. 39), indicando a adoção de uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Por essa visão, pode-se afirmar que o conceito analítico de

¹¹No Código Penal Militar, o delito de violação de domicílio está capitulado no art. 226.

crime militar é o de fato típico, antijurídico e culpável, apesar de não haver singular dispositivo que literalmente diga que a exclusão da culpabilidade importa em eliminação do próprio crime, como o faz o CPM no caso da antijuridicidade (art. 42).

Finalmente, a interpretação teleológica busca o escopo da norma, seu fim, o que necessariamente remete a um elemento temporal, pois esse fim será mais bem revelado se investigado ao tempo da edição da norma. Como prestigia esse elemento temporal, obviamente, está ela inebriada pela política criminal então vigente.

Política criminal pode ser compreendida como um conjunto principiológico, sistematizado, eleito pelo Estado com o fito de prevenir e reprimir infrações penais. Naturalmente, o conteúdo axiológico do momento em que se estabelece uma política criminal é fundamental para a definição desses princípios e até mesmo, em último lance, para delinear a opção legislativa de criminalização de condutas. Possui uma relação cíclica de retroalimentação com a dogmática penal, como muito bem ilumina Juarez Cirino dos Santos ao consignar que

dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação. (SANTOS, 2002, p. 1)

Pois bem, a aplicação do direito ao caso concreto, na tarefa de subsunção de condutas aos tipos penais militares, não pode prescindir de uma avaliação da política criminal que impulsionou o CPM, buscando prestigiar a interpretação teleológica, extraíndo o melhor escopo da norma, salvo se, claramente, os princípios outrora definidores da política criminal vigente tenham sofrido sensíveis alterações.

Em outros termos, deve-se verificar se há uma nova política criminal, o que se pode constatar com um mote constitucional. Isso ocorreu, por exemplo, por ocasião do julgamento da ADPF n. 291 (rel. Min. Luís Roberto

Barroso, j. 28-10-2015) em que o Supremo Tribunal Federal avaliou o delito capitulado no art. 235 do CPM¹², antes denominado pederastia ou outro ato de libidinagem, e entendeu como não recepcionada a expressão “pederastia ou outro” na rubrica do artigo e “homossexual ou não” na descrição típica. Nitidamente, em 1969, os vetores de política criminal estavam maculados por concepções preconceituosas hoje inadmissíveis, permitindo-se uma reinterpretação do delito, que, embora não tenha representado uma diminuição de espectro de tutela, significou uma importante mensagem da Corte Maior.

Em outro caminho, entendendo-se que os vetores da política criminal estabelecidos quando da edição da norma continuam firmes, deve-se prestigiar a interpretação teleológica e extrair o escopo histórico encerrado no tipo penal incriminador.

Nesse caminho, em uma interpretação teleológica da própria Lei n. 13.491/17, em particular na nova redação do inciso II, não se identifica um escopo de desnaturar os vetores atuais de política criminal para o Direito Penal Militar, mas, ao contrário, é patente uma exaltação do objetivo de tutelar bens jurídicos caros à manutenção da regularidade das instituições militares, isso pela reafirmação dos critérios de configuração de crime militar trazidos pelas hipóteses das alíneas do inciso II (*ratione personae, ratione loci, ratione materiae e ratione temporis*), que não só foram mantidos como passaram a alcançar outros tipos penais, previstos fora do CPM.

Estabelecido esse ponto de partida, urge buscar a melhor forma de subsunção para cada categoria das cinco possibilidades típicas acima identificadas.

No caso das primeira e segunda categorias, abarcadas pelo inciso I do art. 9º do CPM, entende-se que não houve alteração na tarefa de subsumir condutas aos tipos penais militares previstos nesse mesmo Código, não havendo que se falar em “revogação” de tipos penais militares pela nova realidade.

¹² Redação anterior: “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, **homossexual ou não**, em lugar sujeito à administração militar”. Redação após a ADPF n. 291: “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar”.

No caso do crime de deserção, por exemplo, o art. 187 do Código Castrense restou íntegro após a Lei n. 13.491/17; basta que o intérprete busque subsumir a conduta aos elementos típicos descritos na norma. Acredita-se que neste caso não haverá resistência em futuras construções.

No caso de crimes tipificados no CPM de maneira diversa da legislação penal comum, mas isso por vontade do legislador penal militar ao iluminar o objeto de tutela penal militar, com base em elementos principiológicos de política criminal, deve-se manter o ideal típico vislumbrado na época da edição da norma penal militar (interpretação teleológica), salvo, como já mencionado, se houver nítida constatação de que esses elementos principiológicos são hoje negados e repudiados pelo ordenamento como um todo. Aqui, por exemplo, está o crime do art. 290 do CPM (Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar), em que se percebe nitidamente que o legislador penal militar enumerou um elemento típico distintivo, um elemento espacial no tipo, encerrado pela expressão “em lugar sujeito à administração militar”.

Certamente, ao idealizar este tipo penal militar incriminador, o legislador penal militar foi influenciado por princípios de política criminal, segundo os quais o uso de droga no quartel importava em um risco tamanho – em função da lida diária com armas, explosivos, veículos pesados etc., assim como a possibilidade de lesão à disciplina e hierarquia –, que justificou uma antecipação de tutela, resultando na criminalização, sob a ameaça de pena privativa de liberdade, a mera posse da substância entorpecente no seio da caserna. Essa *ratio*, frise-se, não é hoje negada, ao contrário, foi ratificada no já conhecido julgamento, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* n. 103.684/DF, julgado em 21 de outubro de 2010, sob relatoria do Ministro Ayres Britto que, em seu primoroso voto, cunhou o raciocínio de que “uso de drogas e o dever militar são como água e óleo, não se misturam”.

Não há, portanto, mesmo com a edição da Lei n. 13.491/17, como se negar esse importante viés da norma penal militar, simplesmente entendendo que a política criminal de combate às drogas presente na Lei n. 11.343/06 deve se sobrepor à política criminal influenciadora do CPM, isso sejam quais

forem as consequências para o autor do fato, como pena mais branda para o traficante e mais severa para o usuário, pela prevalência do tipo penal militar.

Na terceira categoria de tipos penais militares – tipificação idêntica no CPM e na legislação penal comum, avaliando-se o preceito primário – nada foi alterado na anterior tarefa de subsunção típica. Deve-se preencher com a conduta os elementos típicos do tipo penal militar incriminador previstos na Parte Especial do CPM, complementando-se a tipicidade (tipicidade indireta) com uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM. A Lei n. 13.491/17 não alterou esses tipos penais militares incriminadores e nem esse aspecto do inciso II do art. 9º.

Na quarta categoria – crimes em que a tipificação seria idêntica no CPM e na legislação penal comum, mas acidentalmente tornaram-se diferentes – também não houve alteração dos tipos penais em espécie e da realidade do inciso II do art. 9º pela Lei n. 13.491/17, mas há que se avaliar uma situação específica, quando o fato não for abarcado pelo tipo penal previsto no CPM, mas o for pela norma penal comum.

Avalie-se o exemplo da corrupção passiva. Antes da Lei n. 13.491/17, uma solicitação de vantagem indevida na função ou em razão dela, possibilitava, por uma das interpretações, o declínio de competência da Justiça Militar, considerando-se a conduta como crime comum¹³, já que o solicitar não é conduta nuclear do art. 308 do CPM. Entretanto, na atual lógica trazida pela Lei em comento, se praticado em uma das hipóteses do art. 9º, inciso II, haverá a configuração de crime militar (um crime militar extravagante), buscando-se a tipicidade direta no art. 317 do CP.

Essa proposta, presume-se, não será aceita pacificamente, porque a pena do art. 317 do CP é maior (reclusão de 2 a 12 anos e multa) do que aquela trazida pelo art. 308 do CPM (reclusão de 2 a 8 anos), de maneira que aquele condenado pelo crime militar por receber vantagem indevida

¹³ FARIAS, Honazi de Paula. Diferenças existentes entre o crime de concussão e corrupção praticado por militar do Estado em razão da função. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 902, 22 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7668>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

(art. 308 cc alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM) poderia ter uma pena menor, embora pareça ser mais grave a conduta, do que aquele que solicitou a vantagem indevida (art. 317 do CP cc alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM). Pior seria, entretanto, entender que o art. 308 do CPM restaria revogado pelo art. 317 do CP, por permissão da Lei n. 13.491/17, quando todos os casos teriam a pena majorada, em flagrante afronta à interpretação *favor rei*, tão prestigiada em um Direito Penal do Estado Democrático de Direito. Ademais, o entendimento de que o solicitar apenas é um crime militar extravagante não pioraria a situação do autor do fato, vez que a pena a que ele estará sujeito na Justiça Militar será a mesma à qual ele estaria sujeito quando o fato era crime comum, já que aplicado, em ambos os casos, o preceito secundário do art. 317 do CP.

Essa situação e solução também podem ocorrer em alguns crimes da segunda categoria acima apontada – crimes que estão tipificados no CPM, propositadamente, de maneira diferente da legislação penal comum –, quando poderá haver conduta nuclear não abarcada pelo tipo penal militar previsto no CPM. É o caso também do art. 290 do Código Penal Castrense, em que não se prevê a conduta nuclear de importar droga, expressamente trazida pelo tipo penal do delito de tráfico do art. 33 da Lei n. 11.343/06. A solução será a mesma do caso antecedente, ou seja, considerar essa conduta como configuradora de um crime militar extravagante – a quinta categoria a seguir avaliada – quando praticado em uma das condições do inciso II art. 9º do CPM. Igualmente, seria pior para a condição do acusado (ou indiciado) entender que o art. 290 estaria revogado pelo art. 33, quando pena de reclusão de 5 a 15 anos seria aplicável a todos os casos, além de a solução apresentada aqui não significar pior condição do que aquela existente antes da Lei n. 13.491/17, com foco no preceito secundário – antes responderia por crime comum de tráfico e hoje por crime militar extravagante de tráfico, em ambos os casos tendo por parâmetro típico o mesmo art. 33 da Lei n. 11.343/17, com a mesma pena de reclusão de 5 a 15 anos.

Em arremate, a quinta categoria de tipo penal militar incriminador – crimes previstos na legislação penal comum, sem par no CPM, quando

o fato for praticado em uma das condições do inciso II do art. 9º do CPM – conhecerá a ação de subsunção relativamente fácil. Basta subsumir a conduta no tipo penal incriminador da legislação penal comum (v.g. abuso de autoridade, previsto na Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965) e em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Castrense.

Aqui também, como acima já indicado, estão as possibilidades de condutas nucleares não previstas nos tipos penais previstos no CPM, formas qualificadas previstas apenas na legislação penal comum (v.g. feminicídio do inciso VI do § 2º do art. 121 do CP etc.

Para esses delitos as possibilidades ficaram muito amplas, e há quem sustente que crimes muito peculiares, como os eleitorais¹⁴ e o induzimento a erro essencial, possam integrar o rol dos crimes militares extravagantes.

Malgrado a literalidade do novo inciso II do art. 9º do CPM permita essa visão elástica, entende-se que a jurisprudência há de tolher os exageros com base em uma construção que prestigie a tutela estrita aos bens jurídicos penais militares, o que já se começa a ensaiar¹⁵.

6 CONCLUSÃO

Inequivocamente, a Lei n. 13.491/17 – apesar de todos os ataques que vem sofrendo – importou em uma ampliação das hipóteses típicas nos crimes militares, o que leva a uma maior possibilidade de atuação dos atores do Direito Penal Militar.

Essa ampliação de possibilidades, no entanto, exige uma detida reflexão desses mesmos atores sobre a tarefa de subsumir condutas aos tipos penais incriminadores, em que elementos vários devem ser considerados, entre eles, especialmente, a busca da manutenção da razão do CPM, fruto de

¹⁴ FOUREAUX, Rodrigo. *Competência para julgar os crimes militares eleitorais*. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/03/19/Compet%C3%Aancia-para-julgar-os-crimes-militares-eleitorais>. Acesso em: 5 jul. 2018.

¹⁵ <https://oglobo.globo.com/brasil/tribunal-cria-precedente-para-condenacao-de-pms-na-justica-comum-22813742>. Acesso em: 4 jul. 2018.

um momento histórico em que se definiu uma determinada política criminal que tinha um escopo específico, o que somente pode ser negado se o atual ordenamento, de maneira clara, gritante, opuser resistência.

Assim, recomendável é a interpretação teleológica nessa tarefa em vários cenários, mas precipuamente para indicar qual tipo penal incriminador deve prevalecer em casos específicos de conflito aparente.

A sugestão aqui apresentada, é preciso repetir, não está imune a ataques, e eles são até desejados para que as ideias sejam maturadas. Destarte, mesmo que negado por novas abordagens doutrinárias ou pela jurisprudência, ao fomentar o debate, o raciocínio apresentado cumpriu seu papel.

Sedimentado esse patamar primeiro, inaugural, dele decorrerão os enfrentamentos e discussões sequenciais sobre a nova realidade legislativa, a exemplo do traslado de institutos da Parte Geral do CP para os crimes militares extravagantes (erro de tipo e sobre a ilicitude do fato, estado de necessidade, prescrição etc.) e de Direito Processual Penal comum para o processo penal militar (ação penal, fiança etc.) em um movimento inevitável de aprimoramento da persecução criminal militar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei dos Crimes Hediondos e sua aplicação na Justiça Militar face à Lei 13.491/17*. Disponível em https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/522089705/lei-dos-crimes-hediondos-e-sua-aplicacao-na-justica-militar-face-a-lei-13491-17?ref=topic_feed. Acesso em: 4 jul. 2018.

FARIAS, Honazi de Paula. Diferenças existentes entre o crime de concussão e corrupção praticado por militar do Estado em razão da função. *Jus*

Navigandi, Teresina, ano 10, n. 902, 22 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7668>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>. Acesso em: 4 jul. 2018.

_____. *Competência para julgar os crimes militares eleitorais*. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/03/19/Compet%C3%Aancia-para-julgar-os-crimes-militares-eleitorais>. Acesso em: 5 jul. 2018.

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

MARREIROS, Adriano Alves. *Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida: um resumo didático da confusão que se reinicia...* Disponível em <file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/OYF326G7/740512c5-adriano-marreiro.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/art9cpm.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

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, pp. 23-28, set./dez. 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/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2018.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>. Acesso em: 4 jul. 2018.

_____. *Novos desafios na competência criminal*. Disponível em <http://www.aprapr.org.br/2017/10/16/justica-militar/>. Acesso em: 4 jul. 2018.

_____. *Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual*. Disponível em <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/juri.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2018.

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

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

As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017

Vladimir Aras

Procurador Regional da República em Brasília (MPF)

Mestre em Direito Público (UFPE)

Especialista MBA em Gestão Pública (FGV)

Professor Assistente de Processo Penal (UFBA)

Artigo publicado no Blog do Vlad, em 18 de outubro de 2017

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Estrutura da Lei 13.491/2017 – 3 Ampliação da competência da Justiça Militar – 4 Justiça Militar *versus* Tribunal do Júri – 5 Júri civil na Justiça Militar – 6 A inconveniência da expansão da competência da Justiça Militar – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presidente Michel Temer sancionou, na sexta-feira 13 de outubro, a Lei 13.491/2017, resultante do projeto de Lei da Câmara 44/2016 (PL 5.768/2016). Com vigência imediata (art. 3º), a lei modifica o Código Penal Militar (CPM) para redefinir certos crimes militares e ampliar a competência da Justiça Militar dos Estados e da Justiça Militar da União (JMU).

De fato, várias condutas praticadas por militares das Forças Armadas (FFAA), que eram da competência da Justiça Federal, foram transferidas à jurisdição militar. Além disso, certas infrações penais comuns, quando praticadas nas condições previstas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, passaram a ser também consideradas crimes militares, estando portanto submetidas à jurisdição castrense.

Reflexamente, foi ampliada a competência da Justiça Militar da União (JMU) para julgar civis por crimes militares, com base no art. 9º, inciso III¹, do CPM. Considerando que, por força do art. 125, § 4º, da CF, a Justiça Militar dos Estados só julga militares estaduais, este tópico não interfere em sua competência.

As razões para tal mudança legislativa deitam raiz na polêmica ampliação do papel das Forças Armadas na segurança pública urbana e das fronteiras, em tempos de recrudescimento da violência e do aumento do poderio de organizações criminosas. Por falta de alternativas de segurança pública civil², militares têm sido utilizados pelo governo federal em operações de garantia da lei e da ordem, o que vem acentuando situações potencialmente conflitivas com civis, criminosos ou não.

2 ESTRUTURA DA LEI 13.491/2017

A Lei tem dois artigos e seu dispositivo principal só teve em mira o art. 9º do CPM.

O art. 2º da Lei, que previa vigência temporária, foi vetado pela presidência da República.

O art. 3º determina a vigência imediata da Lei, isto é, sem vacância.

No que diz respeito às normas de competência, a Lei aplica-se aos inquéritos e às ações penais em curso. No que tange à nova definição de crimes militares, vale a regra da irretroatividade, especificamente no tocante à inovação do inciso II do art. 9º do CPM.

¹ O inciso III faz remissão ao inciso II do art. 9º, que foi alterado pela Lei 13.491/2017.

² Seja por incompetência governamental ou por esgotamento do atual modelo de segurança pública e de investigação criminal.

3 AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

O §1º do art. 9º do CPM (antigo parágrafo único) manteve na competência do tribunal do júri os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por policiais militares ou por bombeiros militares e, eventualmente, também os cometidos por integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em atividades não especificadas no parágrafo seguinte. Assim, em regra, militares estaduais que cometam homicídio continuam a ser julgados pelo tribunal do júri. Por sua vez, militares federais só serão julgados pelo júri federal, se suas condutas não forem praticadas nas condições delimitadas no §2º do art. 9º.

O §2º do art. 9º do CPM, introduzido por essa lei, mexe em hipóteses que até agora eram (ou deveriam ser) de competência do tribunal do júri federal (art. 5º, XXXVIII, alínea 'd', CF). Essas condutas passam a ser julgadas pela JMU, se se enquadrarem nas situações previstas nos três incisos do novo §2º. Se aí não se amoldarem, vale a regra geral do §1º, e também os militares das FFAA serão julgados pelo júri presidido por um juiz federal³, nos crimes dolosos contra a vida de civis. Assim, se um crime de homicídio for praticado por um militar contra civil durante uma operação de paz⁴, ou no curso de uma operação de garantia da lei e da ordem (GLO), a competência para o julgamento será, por esta lei, da Justiça Militar da União, e não da Justiça Federal (júri).⁵

Além disso, a nova redação do inciso II do art. 9º do CPM atribuiu à JMU e à Justiça Militar dos Estados a competência para julgar crimes, agora considerados “militares”, que estão previstos na legislação comum,

³ Nas infrações penais *propter officium*.

⁴ Como, por exemplo, a MINUSTAH – Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti, criada em 2004 pelo Conselho de Segurança da ONU e comandada pelo Brasil.

⁵ O art. 109, inciso IV, da CF estabelece a competência da Justiça Federal para os crimes contra bens, interesses ou serviços da União, suas empresas públicas e autarquias, mas ressalva as competências da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar. Esta decorre da lei ordinária, conforme delegação dos arts. 124 e 125 da CF.

como tortura, abuso de autoridade, cibercrimes, associação em organização criminosa, formação de milícia privada etc.⁶ É ampliado o conceito de “crime militar” impróprio ou impropriamente militar ou acidentalmente militar para abranger também infrações penais previstas apenas na legislação penal comum, o que antes não ocorria. Comparemos a antiga e a nova formulação do inciso II:

ART. 9º, II, CPM	COMO ERA	COMO PASSOU A SER
Crimes militares impróprios	II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:	II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
Abrangência	Crimes do CPM	Crimes do CPM e os crimes da lei penal comum

Esta alteração provocará novos e intensos debates sobre o conceito de crimes militares, sobre a repercussão desse dispositivo nas regras de competência⁷ e sobre a separação de processos prevista no art. 79, inciso I, do CPP e no art. 102, alínea ‘a’ do CPPM.

Ressalto o adjetivo na expressão “*novos debates*” porque sempre foi difícil o consenso sobre o que são “crimes militares”, categoria cujo conceito é indeterminado. Apesar disto, no dizer do min. Sepúlveda Pertence, “sua concretização legislativa não é arbitrária”⁸. Para Pertence, “não poderia a

⁶ Para alguns delitos da legislação comum, a qualificação como crime militar será muito difícil porque não preencheveis as condições de qualquer das cinco alíneas do inciso II. Exemplo: crime de lavagem de dinheiro ou crime contra o mercado de capitais.

⁷ Vide o CC 7087/PE, julgado pelo STF, no tocante à competência federal para narcotráfico internacional.

⁸ STF, RE 122.706/RJ, rel. para o acórdão min. Carlos Velloso, j. em 21/11/1990.

Constituição permitir (e de fato não permite) a invasão da competência da Justiça Comum e geral pela Justiça Militar que de caráter excepcional se reveste”.

E continua: “se não definiu ela própria o que seja crime militar, nem por isso (a CF) facultou ao legislador confundir os conceitos científicos distintos de crime comum e crime militar”⁹.

Uma das tentativas de delinear tal conceito partiu de Edmundo Lins¹⁰, ministro do STF entre 1917 e 1937, que os classifica em crimes propriamente militares, aqueles *ratione personae et materiae*; e em crimes impropriamente militares, que englobam os crimes comuns sujeitos ao foro militar, subdividindo-se em:

- a) *ratione personae*, que têm militares na condição de sujeito ativo ou de sujeito passivo;
- b) *ratione temporis*, os praticados em tempo de guerra ou situação equiparada;
- c) *ratione loci*, tendo em conta o local da conduta.

Por fim, como consequência da alteração promovida no inciso II do art. 9º, do CPM, seu inciso III também foi modificado porque faz remissão ao dispositivo anterior. De fato, são também crimes militares os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I (crimes propriamente militares), como os do inciso II (crimes impropriamente militares)¹¹, nos casos indicados nas suas quatro alíneas. Sendo mais amplo o conceito legal da segunda espécie, haverá potencialmente mais situações em que civis serão submetidos a julgamento pela Justiça Militar da União¹², o que é questionável à luz de vários precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³.

⁹ STF, RE 122.706/RJ, rel. para o acórdão min. Carlos Velloso, j. em 21/11/1990.

¹⁰ Citado no RE 122.706/RJ.

¹¹ Inclui crimes previstos no CPM e previstos na legislação penal.

¹² A Justiça Militar dos Estados não julga civis.

¹³ Por todos, vide o caso Cruz Sánchez e Outros vs. Peru.

4 JUSTIÇA MILITAR VERSUS TRIBUNAL DO JÚRI

Saber se militares que matam civis devem ser julgados pelo tribunal do júri ou pela Justiça Militar era um problema que parecia ter sido equacionado há mais de duas décadas, antes mesmo da Reforma do Judiciário. Não foi. Na verdade, este tema tornou-se mais complexo nos últimos anos em função da escalada da violência urbana, que tem ampliado a interação de militares das Forças Armadas com a população civil em território brasileiro, em situações de policiamento urbano.

Tal interação deriva especialmente do emprego de militares na “guerra” contra as drogas, por meio das chamadas operações de garantia da lei e da ordem (GLO), reguladas pelo art. 15 da Lei Complementar 97/1999, que podem ocorrer de forma episódica, em áreas previamente estabelecidas e por tempo limitado, para ações de caráter preventivo e repressivo¹⁴. Por força do §7º do art. 15 da Lei Complementar 97/1999, uma GLO é “considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal”.

Pois bem, a Lei 13.491/2017 busca regular tais situações incrementais. Com ela, o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM passou a ser o parágrafo primeiro e acresceu-se o parágrafo segundo, com três exceções à competência do tribunal do júri:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

¹⁴ A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem observará diretrizes baixadas pelo presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Segundo a Lei, consideram-se esgotados tais instrumentos, quando ato do Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual os reconhece como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho de sua missão constitucional. Com a implantação de uma GLO, cabe à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações.

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) 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;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) 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 aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§1º. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§2º. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas¹⁵ pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica¹⁶;

b) Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999¹⁷;

c) Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar¹⁸; e

d) Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.¹⁹

Em meados dos anos 1990, esse tema foi objeto da Lei 9.299/1996, que inequivocamente excluiu da competência da Justiça Militar (seja a estadual ou a da União) os crimes dolosos contra a vida de vítimas civis. Tal diploma não distinguiu os ramos federal e estadual e alterou o art. 9º, parágrafo único, do CPM e o art. 82 do CPPM, evidenciando a competência do foro comum (não militar) e, portanto, do tribunal do júri:

CPM

Art. 9º. (...)

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.²⁰

¹⁵ Com base na Constituição, as Forças Armadas só podem ser empregadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

¹⁶ Exemplo: art. 303, sobre derrubada de aeronaves hostis em voo no espaço aéreo nacional.

¹⁷ Exemplo: art. 15 sobre operações de garantia da lei e da ordem (GLO).

¹⁸ Exemplo: crime de homicídio no cumprimento, pela polícia judiciária militar, de um mandado de prisão expedido por crime militar (art. 8º, c, e 223 do CPPM).

¹⁹ Exemplo: evento envolvendo forças federais requisitadas para garantir a votação e a apuração em eleições, com base no art. 23, XIV, do Código Eleitoral.

²⁰ O parágrafo único foi alterado outra vez por meio da Lei 12.432/2011, que

CPPM

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

Em 2001, Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 260.404/MG, decidiu pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, introduzido pela Lei 9.299/96:

Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência. – No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”. – Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª ed., nº 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que “sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina”, não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no “caput” do artigo 124 da Constituição Federal. – Corrobora essa interpretação a

estabeleceu exceção, com base no art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Agora, a Lei 13.491/2017 traz outra redação, bem próxima da de 1996, e transformou o parágrafo único em §1º.

circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o “caput” do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes “a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, Pleno, RE 260.404/MG, rel. min. Moreira Alves, j. em 22/03/2001).

Em 2004, veio a alteração constitucional determinada pela EC 45, que também serviu como resposta à sucessão de crimes praticados por policiais militares contra a vida de civis. Tal como na lei de 1996, chacinas cometidas ao longo dos anos 1990 e a aparente falta de respostas da Justiça Militar estadual a casos de violência policial contra civis serviram de mote para este tópico da reforma. Segundo se alega, a Emenda 45 não teria pretendido abranger os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares das FFAA. Esta seria a *mens legis* da referida emenda, segundo seus defensores.

Este argumento ganha força quando examinamos a redação do art. 125, §4º, da CF, segundo o qual:

§4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

O art. 125 da CF somente cuida da Justiça Militar estadual. Portanto, a ressalva ali presente sobre os delitos sujeitos à competência do júri só diz

respeito aos policiais militares e aos bombeiros militares acusados de crimes dolosos contra a vida de civis.

Já a competência da Justiça Militar da União (JMU) é regulada pelo art. 124 da CF, que não contém nenhuma ressalva desta ordem:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Em 2011, uma emenda ao antigo parágrafo único do art. 9º do CPM promoveu uma supressão à competência do júri (federal). Por força da Lei 12.432/2011, os crimes militares quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil seriam da competência da Justiça comum (estadual ou federal), salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei n. 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica²¹. Essa ressalva visava a estabelecer a competência da JMU quando militares da Força Aérea Brasileira fossem levados a destruir aeronaves clandestinas (hostis) ou suspeitas de tráfico de drogas em voo no espaço aéreo brasileiro:

Art. 303. (...)

§2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Ainda se discute se esta regra de competência seria constitucional ou não. Agora, a Lei 13.491/2017 manteve esta ressalva (§2º, inciso III, alínea a, do art. 9º do CPM) e criou novas exceções à competência do júri quando os autores de crimes dolosos contra a vida forem militares da União.

²¹ Vide também o Decreto 5.144/2004.

Como a Lei 13.491/2017 não alterou o art. 82 do CPPM, a controvérsia deve ser intensa sobre sua subsistência e sua convivência com o art. 9º do CPM.

Assim, a partir da publicação dessa lei, por força do §2º do art. 9º do CPM, os crimes dolosos, praticados por militares das Forças Armadas, contra a vida de civis serão julgados pela Justiça Militar da União, e não pelo tribunal do júri. Isto ocorrerá apenas nas hipóteses listadas no referido §2º. Se a situação fática não encontrar enquadramento ali, valerá a regra do §1º, que se aplica sempre aos militares estaduais e, eventualmente, aos militares federais.

Com a alteração do art. 9º do CPM, a situação processual, que já era incerta, ganhou contornos mais complexos, pois a previsão ampliativa da competência da Justiça Militar da União poderia ser considerada constitucional neste aspecto, por remissão ao art. 124 da CF. De fato, cabe mesmo à lei federal definir²² os crimes militares e, reflexamente, estipular a competência da JMU.

Resta o forte argumento, em sentido contrário, de que o julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis por juízes-auditores ou por estes e colegiados militares (escabinados ou escabinatos) representa supressão da competência e da soberania do júri (art. 5º, XXXVIII, 'd', CF). Por este prisma, militares do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica teriam de ser julgados por júris federais, nos crimes dolosos contra a vida de civis, em situações *propter officium*²³. Assim, a Lei 13.491/2017 em questão seria inconstitucional neste ponto.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'o', CF) dirimir os conflitos de competência que surgirem entre qualquer corte e o Superior

²² Cabe indagar, todavia, os contornos constitucionais dessa franquia legislativa. Qualquer infração penal (comum) pode ser alçada à condição de crime militar (especial)? Ou tais condutas haveriam de atentar contra valores militares? Vide no STF o RE 122.706/RJ.

²³ Um militar fora de serviço que mate um civil por causa de uma discussão num bar deve ser julgado pelo tribunal do júri perante a Justiça comum estadual.

Tribunal Militar²⁴ em função dessa lei, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'd') a tarefa de definir os conflitos de competência que apareçam entre juízos federais e auditorias militares. Não serão poucos os casos.

5 JÚRI CIVIL NA JUSTIÇA MILITAR

Para superar a objeção de ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da CF, tem-se dito que os julgamentos de militares das Três Armas que matem civis poderiam ser realizados por um júri composto por civis presidido por um juiz-auditor militar na própria JMU. A tribuna da acusação seria ocupada por um promotor militar, isto é, por um membro do Ministério Público Militar (MPM).

Essa tese chegou a ser aventada no STM pelo ministro José Barroso Filho, no caso do Complexo da Maré no Rio de Janeiro, de 2014, quando um fuzileiro naval matou um traficante (civil). Foi estabelecida pelo STM a competência da JMU para o julgamento dessa ação penal, mas o ministro José Barroso acabou vencido no que tange a esse júri civil na JMU:

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem assim a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela Justiça Castrense da União, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do o art. 9º, III, "d", do CPM. Unanimidade. (STM, Pleno, rel. Min. José Coelho Ferreira, Apelação 000254-78.2013.7.01.0201/RJ, j. em 21/06/2016).

Ao que tenho conhecimento, tal tese foi pela primeira vez trazida a lume em 1990 pelo então subprocurador-Geral da República Cláudio Fonteles, em parecer apresentado ao STF no RE 122.706/RJ. Naquela ocasião, a Corte decidiu que "A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua

²⁴ STF, CC 6895/RJ.

estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, parag. único. III. RE não conhecido”.

Assim, o julgamento desses crimes em primeira instância caberia a um dos dois tipos de conselhos de justiça que existem na JMU e que são formados por oficiais militares e juízes-auditores, que são magistrados de carreira.

Segundo os arts. 16 e 27 da Lei 8.457/1992, ao Conselho Especial de Justiça, constituído por juiz-auditor e quatro juízes militares, compete processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais²⁵, nos delitos previstos na legislação penal militar.

Já ao Conselho Permanente de Justiça, constituído por juiz-auditor, por um oficial superior e três oficiais, compete processar e julgar acusados que não sejam oficiais, nos crimes militares.

Não haveria, portanto, um tribunal do júri na JMU, mas os julgamentos seriam realizados por colegiados de primeiro grau, formados por militares e um juiz-auditor (juiz, civil, de carreira), cabendo a acusação pública ao MPM. São os escabinados. Neste caso, a imputação nos homicídios não se amoldaria ao art. 121 do CP, mas ao art. 205 do CPM.

Noutro julgado, o STM reafirmou sua posição quanto à competência da JMU para julgar militares que matem civis durante atividade de natureza militar²⁶:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DECISÃO QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO MPM. HOMICÍDIO DOLOSO DE CIVIL PRATICADO POR

²⁵ Estes são julgados originariamente pelo STM (art. 6º, I, 'a', da Lei 8.457/1992), Corte que, apesar do qualificativo superior, é um tribunal de apelação (segundo grau) para a Justiça Militar da União (art. 122, I, CF). Nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, há tribunais de justiça militar (art. 125, §3º, CF), que funcionam como órgãos de segundo grau. Nos demais Estados e no DF, a segunda instância da justiça militar é exercida pelos tribunais de justiça.

²⁶ Este precedente do STM toma como atividade militar a atuação das Forças Armadas em GLO, que é, na verdade, uma atividade essencialmente de segurança pública, mas excepcionalmente realizada por militares federais.

MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPROCEDENTE. EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO). ATIVIDADE DE NATUREZA MILITAR. LEI COMPLEMENTAR Nº 97/1999 E 136/2010. ARTIGO 124 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A competência do júri quando a vítima for civil faz referência às justiça militares dos estados, e não à justiça militar da União. 2. A Lei Complementar nº 97/1999, alterada pela Lei Complementar nº 136/2010, modificou a “organização, preparo e emprego” das FFAA, estendendo o caráter de atividade militar para fins de aplicação do art. 124 da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça Militar da União, considerando crime militar os possíveis delitos ocorridos no cumprimento de atividades subsidiárias. 3. Para o emprego das Forças Armadas em GLO é indispensável a garantia, a seus membros, da competência constitucional da Justiça Militar da União, por ser especializada e com conhecimento específico que lhe é peculiar, assegurando a manutenção da hierarquia e da disciplina, princípios basilares das Forças Armadas. 4. Recurso desprovido. Decisão unânime²⁷.

6 A INCONVENCIONALIDADE DA EXPANSÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

A jurisprudência do STM – sobre crimes praticados por militares contra a vida de civis – é incompatível com o art. 5º, XXXVIII, da CF e com o próprio art. 125, cuja franquia, como vimos, não permite ao legislador uma definição arbitrária de crime militar.

Há ainda a considerar a questão da (in)convencionalidade da expansão da competência da Justiça Militar, à luz de quase duas dezenas de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), especialmente no tocante ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

²⁷ STM, Pleno, rel. min. José Coêlho Ferreira, RSE 0000144-54.2014.7.01.0101/RJ, decisão em 09/06/2016.

A competência da Justiça Militar deve-se restringir unicamente aos crimes propriamente militares, tendo em vista critérios de especialidade: agentes militares que vulneram bem jurídicos exclusivamente ou precipua-mente militares. Nada além daí, pois deve-se ter em mira o direito a um juiz (natural) independente e imparcial, não submetido a qualquer hierarquia militar, a fim de que se assegure um julgamento justo para todos os que se sujeitam ao foro criminal. Um tema para reflexão e longos debates.

Conforme a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Pabla Ky vs. Finlândia* (2004):

In order to establish whether a tribunal can be considered 'independent' for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their terms of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence.

No caso *Cruz Sánchez e Outros vs. Peru*, a Corte IDH reafirmou sua jurisprudência sobre o limitado alcance da competência criminal da Justiça Militar nos Estados Partes da Convenção:

A Corte recorda que sua jurisprudência relativa aos limites da competência da jurisdição militar para conhecer fatos que constituem violações de direitos humanos tem sido constante no sentido de afirmar que em um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar há de ter um alcance restritivo e excepcional, e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares. Por isso, a Corte tem assinalado que no foro militar somente se deve julgar militares ativos pelo cometimento de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bem jurídicos próprios da ordem.²⁸

²⁸ No mesmo sentido, vide o caso *Lori Berenson Mejía vs. Peru*, parágrafo 142.

De mais a mais, a competência constitucional do júri não pode ser restringida por lei²⁹, já que a CF estabeleceu um conjunto mínimo de infrações penais que lhe devem ser submetidas. A lição é de Sepúlveda Pertence:

Garantia constitucional, o julgamento pelo tribunal popular dos crimes dolosos contra a vida reclama entendimento restritivo das exceções que lhe impõe, na Constituição, a esfera das jurisdições especiais (Maximiliano, Coment. à Const. Brasileira, 1954, §462, 2/397). Particularmente, a da Justiça Militar, na medida em que se delegou à lei ordinária a sua demarcação. Permitir que a discricção, na concretização do conceito indeterminado de crime militar, redunde no arbítrio, na extensão desproporcionada aos fins legítimos da Justiça Militar, é remeter ao legislador ordinário a demarcação de uma garantia constitucional, a do júri, cujo raio mínimo de ação a Constituição mesma pretendeu dimensionar.³⁰

Conclui o ministro que, ao definir “crimes militares contra a vida e, conseqüentemente, subtraí-los do júri, não pode a lei ordinária desbordar dos limites da noção de crime militar ditado pelo sistema constitucional, sob pena de esvaziar-se a garantia afetada”.

De novo é oportuno mencionar a jurisprudência da Corte IDH, que tem

[...] assinalado de maneira reiterada que a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e condenar os autores de violações de direito humanos, senão que o processo dos responsáveis é sempre competência da justiça ordinária.³¹

²⁹ Vide a súmula 721 do STF, que determina que a competência do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente por Constituição estadual. Está é uma exceção reconhecida pelo STF.

³⁰ Voto do ministro Sepúlveda Pertence no RE 122.706/RJ.

³¹ Caso Arguelles e outros vs. Argentina, § 148.

Vale lembrar que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluída em Belém, em 10 de junho de 1994 e promulgada pelo Decreto 8.766/2016, em seu artigo IX exclui expressamente à jurisdição militar em casos desta natureza, que normalmente têm civis como vítimas:

Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar.

Os atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares.

Não serão admitidos privilégios, imunidades nem dispensas especiais nesses processos, sem prejuízo das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas³².

Para os fins de tal Convenção, que se incorpora ao conjunto de garantias fundamentais de quase todos os cidadãos que vivem no continente americano,

[...] entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes³³.

Se para um crime menos grave, o desaparecimento forçado, o marco normativo regional veda a fixação da competência da Justiça Militar, com mais

³² Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

³³ Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

razão deve ser tida por inconveniente qualquer disposição do direito interno brasileiro que pretenda submeter homicídios dolosos praticados por militares contra civis à competência da Justiça Castrense. Esse é o mal de que padece o §2º do art. 9º do CPM.

7 CONCLUSÃO

A Lei 13.491/2017 adicionou complexidade a um tema já extremamente nebuloso: a conceituação de crimes militares. Neste artigo abordei apenas alguns aspectos das emendas promovidas pelo legislador ao art. 9º do CPM, mudanças estas que sequer mereceram tempo de maturação, dada a inexistência de *vacatio legis*.³⁴

As alterações realizadas numa sexta-feira 13 de outubro assustam, na medida em que feitas sem o devido debate com a sociedade civil, em tema de garantias (juiz natural). Fiquemos de guarda, portanto, ainda mais porque ainda não julgada a ADPF 289 (rel. min. Gilmar Mendes), proposta pela PGR para que o STF defina os limites constitucionais da aplicação a civis do Código Penal Militar, de 1969.

Fora das hipóteses estritamente necessárias dos crimes militares próprios, não se deve tolerar a expansão indiscriminada do conceito de crimes acidentalmente militares.

Numa democracia, instituições militares e seus integrantes sempre devem estar sujeitos ao poder civil e, portanto, em regra os crimes cometidos por membros da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica que não digam respeito a hierarquia, disciplina e a outros valores militares (art. 142 da CF) devem submeter-se à Justiça comum.

Para os crimes em geral, a jurisdição comum; para crimes estritamente militares, a jurisdição especial; para os crimes de homicídio, o júri. Esta equação constitucional deve ser especialmente observada quando funcionários públicos militares cometam crimes dolosos contra a vida de

³⁴ Contrariando o que dispõe o art. 8º da Lei Complementar 95/1998, que cuida de técnica legislativa.

cidadãos civis. É o que se espera num Estado de Direito, lembrando que, no campo da Justiça criminal, nenhuma instituição civil representa melhor o princípio democrático do que o tribunal do júri.

Lei 13.491/17, uma análise inicial e detalhada sobre a mudança no conceito legal de crime militar, visando a uma análise técnica: não à ideológica

Adriano Alves-Marreiros

Promotor de Justiça Militar
Especialista em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar

Artigo publicado no Meu site jurídico e no Observatório da Justiça Militar

1 PRÓLOGO

Estivemos entre os primeiros a comentarem a nova lei. Esperamos um pouco, contendo a ansiedade e aguardando para amadurecer as ideias que não queríamos que fossem precipitadas. Fizemos, em um espaço de cerca de um mês, um pouco mais, um pouco menos, 3 artigos, sendo que 2 consistiam nas versões detalhada e resumida das mesmas ideias.

Para a revista, optamos pela versão mais curta, pois o texto total ficou extenso, mas não prolixo, e recomendamos a leitura do mais detalhado na internet¹ (inclusive com detalhes sobre processo legislativo) e fizemos uma união, começando por aquilo que causou mais polêmica mas que é o menos aplicado na prática: o crime doloso contra a vida. Muitos trocaram a técnica pela releitura militância e reduziram o direito a um assunto quase político-partidário. A nossa opção foi, e sempre será, pela técnica.

¹ Disponível em <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/22>>

Dizemos não à unificação das polícias, enquanto unificamos 2 artigos em um só: militarizado nos termos do Direito, não da militância...

2 PARTE 1: LEI 13.491/2017, UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A MUDANÇA DA NATUREZA COMUM PARA MILITAR DE CERTOS CASOS DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: UM RESUMO DIDÁTICO DA CONFUSÃO QUE SE REINICIA...

2.1 Introdução

Como dissemos em versão bem detalhada e completa² deste artigo, Morfeu nos atacou, covarde e sorratamente, impedindo que soubéssemos que, naquela madrugada escura, a Lei havia mudado, quase fazendo fracassar a palestra que ministraria no início da tarde seguinte.

Samuel, bom amigo, remeteu-me a notícia no almoço e só me restou recorrer ao humor e suposições no decorrer da palestra. Mesmo em se tratando de agente civil, mudanças consideráveis ocorreram.

Se o Direito não socorre quem dorme, busco conter o sono numa manhã de feriado para fazer esta versão resumida de tudo que ocorreu acerca dos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil, desde a controvertida Lei 9.299/96. Não é o único aspecto que merece análise, mas prefiro começar por onde se fala em Júri: o mais legítimo órgão judiciário de todo o Ocidente. O Tribunal do povo. Oficina dos Promotores e Procuradores que exercem a Curadoria da Vida, como já ouvi o meu amigo Antônio Sérgio, de Mato Grosso, dizer.

Após um artigo longo e complexo que abarcava todas as reflexões que pudemos fazer sobre a nova Lei, confirmando que nada era tão simples

² Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Publicado em < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/10/revisado-lei-13491-artigo-bem-completo-e-detalhado.pdf> > Acesso em: 2 nov. 2107.

– sentei para escrever 10 e acabei escrevendo 37 páginas sem “enchimentos linguicais” – vamos tentar expor em versão inspirada nos Espartanos – lacônica, mas não “lacúnica, espero – um estudo em três tempos sobre as verdadeiras Eras que envolvem o processo e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil.

Como explicamos outrora, vamos fazer isso por partes, e, mais uma vez, agradeço o convite do meu amigo e mestre do Direito Penal, Rogério Sanchez. Esperamos fazer jus à confiança depositada.

2.2 Três Grandes Eras: Antes da Lei 9.299/96, Após essa Lei e iniciando a nova Era: a Lei 13.491/2017

Falar em Eras sempre me lembra a bela canção *Aquarius*³ consagrada pelo clássico musical *Hair*. Havia, naquela interpretação, a esperança de uma nova era que estaria se iniciando, com um universo melhor de paz, abundância e libertação da mente. Na nova era jurídica, a “paz” é impossível: a guerra já começou com polêmicas e confrontos mil. Abundância: só a de interpretações. E libertação: só a das mentes que começam a delirar com versões alucinadas acerca de um futuro que se pretende consensual mas será sempre controvertido.

Analisemos cada uma dessas Eras:

2.2.1 A Era pré-9.299/96

Antes das mudanças ocorridas com a Lei 9.299/96, as hipóteses de crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, em tempo de paz, seriam militares nos seguintes casos, previstos no artigo 9º do CPM:

³ *Aquarius/Let the Sunshine In* é uma junção de duas canções do musical *Hair* (1967), compostas por James Rado, Gerome Ragni e Galt MacDermot, e lançada em maio de 1969 como primeiro single de *The Age of Aquarius*, quarto álbum da banda estadunidense *The Fifth Dimension*. “*Aquarius*” foi interpretada pela cantora Ren Woods, no musical *Hair*, ficando bastante conhecida em todo mundo. (Wikipedia).

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
- f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal.

Assim, de 1º de janeiro de 1970 até o início da vigência da Lei 9.299/96, prevaleceu essa redação original, e isso mesmo após a Constituição Cidadã, de 5 de outubro de 1988.

Os militares, então, podiam sim, ser processados por crime doloso contra a vida de civil, desde que isso não ocorresse nessas hipóteses acima que definiam o crime como militar. Nesses casos, seriam submetidos ao Tribunal do Júri. E nos casos abrangidos pelas hipóteses acima, do artigo 9º? Vejamos o que dizia a redação original da CF quanto aos militares federais e aos estaduais:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. (...)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e

julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.
(grifamos)

Pela redação original, o processo e julgamento de militares por crimes militares definidos em lei era de competência da Justiça Militar. A diferença entre elas, nesse aspecto, era que as justiças militares estaduais (e a distrital) não tinham competência para processar e julgar quem não fosse policial ou bombeiro militar, ao contrário da Justiça Militar da União.

O mais relevante questionamento sobre o processo e julgamento de militares na Justiça Militar, por crimes dolosos contra a vida, seria sob a alegação do artigo 5º, XXXVIII, da CF que reconhece a Instituição do Júri com a organização dada pela Lei e lhe assegura competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como já argumentamos em outra ocasião, esse questionamento não parece pertinente, pois em razão do Princípio da Unidade da Constituição não se pode admitir que uma norma constitucional originária seja inconstitucional. E podemos notar que o mesmo texto original da CF que previu o júri entre os direitos e garantias fundamentais com “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” também previu as competências das Justiças Militares que se baseavam no escabinado⁴ e não no júri, com base na Lei que foi recepcionada pela Constituição. Os dois devem ser compatibilizados sem que aquele tenha o poder de tornar este inaplicável. Reforça esse argumento o fato de que entre 1988 e 1996 não foi dado como inconstitucional o julgamento de crimes dolosos contra a vida pelos Conselhos de Justiça pelo STF, pelo STJ e nem pelo STM. Podemos trazer aqui, por exemplo, a observação de Vladimir Aras em recente artigo já sobre a Lei em comento:

⁴ O escabinado, de longa tradição no Direito Militar Brasileiro, é um órgão colegiado misto, composto de juízes togados e juízes militares, todos com voz e voto. O Conselho Especial de Justiça e o Conselho Permanente de Justiça, usados em todas as justiças militares no Brasil, estaduais, distrital e da União, são exemplos de escabinado.

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem assim a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela Justiça Castrense da União, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do art. 9º, III, “d”, do CPM. Unanimidade. (STM, Pleno, rel. Min. José Coelho Ferreira, Apelação 000254-78.2013.7.01.0201/RJ, j. em 21/06/2016).

Ao que tenho conhecimento, tal tese foi pela primeira vez trazida a lume em 1990 pelo então subprocurador-Geral da República Cláudio Fonteles, em parecer apresentado ao STF no RE 122.706/RJ. Naquela ocasião, a Corte decidiu que “A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, parag. Único. III. RE não conhecido”⁵

Assim, sem longas digressões, concluímos essa primeira Era concluindo que:

- a) Militares podiam ser processados pelo Tribunal do Júri na Justiça comum;
- b) Nos casos do Inciso II do artigo 9º do CPM, os crimes dolosos contra a vida praticados por militar eram crimes militares e, em geral⁶, de competência das justiças militares;

⁵ ARAS, Vladimir. *As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017*. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/> Acesso em outubro de 2017.

⁶ Sim, em geral. Citamos nossa obra *Direito penal Militar – Teoria Crítica & Prática* artigo que mencionamos na nota de rodapé n. 1. Em síntese: natureza de crime militar e competência da justiça militar são coisas diferentes. Uma envolve conceitos de Direito Penal e, a outra, de direito processual. Sem nos alongarmos, basta lembrar, como já disse o colega Nísio Tostes, que regra de competência não é *abolitio criminis*. Ora, se discordarmos dele, teríamos que aceitar uma distinção odiosa em que autoridades com prerrogativa teriam imunidades quanto a certos crimes e que um civil que praticasse certos crimes contra bens jurídicos das Forças Armadas fossem tratados de forma diferente dos que praticassem a mesma conduta contra forças militares estaduais. Assim, temos que admitir que a justiça comum federal ou estadual teria, sim, competência para processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

c) Não havia inconstitucionalidade de julgamento de crimes militares dolosos contra a vida pelo escabinado.

É bom lembrar que existe projeto de lei no sentido de dar competência monocrática ao Juiz-auditor para o julgamento dos crimes militares praticados por civis. Isso desvirtuaria a essência original da Justiça militar, inclusive historicamente, que era o que justificaria a constitucionalidade para que crimes militares dolosos contra a vida não fossem submetidos ao júri, que é a natureza do escabinado e de sua análise mista de juiz togado e juízes técnicos. A partir da aprovação dessa lei, se ocorrer, aí sim devemos admitir que, nos casos de crimes militares dolosos contra a vida praticados por civis, deve ser formado o júri para o julgamento, sob a competência no juiz togado, pois deixa de haver aquela situação consagrada pelo tempo e que, mais importante, existia à época da promulgação da Constituição. Deixa de haver motivo técnico e de recepção constitucional, se o julgamento for feito só pelo juiz togado.

Passemos à segunda grande Era:

2.2.2. A Era pós 9.299/96

Para analisar a mudança atual e todas as que ocorreram, ou não... quanto aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, entre 1996 e 2017, a principal norma a ser analisada é a Lei 9.299/96, por ter sido a gênese de tudo isso. Além de uma mudança sem maior importância na redação da alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM e de suprimir a estranha alínea “f”⁷, dispositivo curioso que adotava um critério... *ratione res...* sem precedentes, como comentamos na obra *Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática*, e que provavelmente foi criado no CPM de 1969 principalmente para abranger as atividades de inteligência, legais ou não, e talvez para as situações em que militares viessem a ser atacados naquele

⁷ f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

contexto político, ou... sei lá... meras cogitações. Mas também já tirava a condição de militar de qualquer crime nesse contexto, inclusive os dolosos contra a vida, crimes mais prováveis no caso do uso de armamento.

O que acabou determinando toda a atividade legislativa que resultou na Lei 9.299/96 foram diversos acontecimentos com atuações polêmicas de policiais militares, como os casos de Eldorado dos Carajás, Carandiru, assassinato dos menores na Candelária e CPI respectiva.

Assim que a Lei surgiu, começou a polêmica sobre ser ou não inconstitucional o parágrafo Único que ela introduzia no artigo 9º do CPM. Como ela era redigida falando em competência e fixando essa competência em sentido aparentemente contrário ao da Constituição, a interpretação literal, adotada por muitos, inclusive a primeira adotada no primeiro artigo (MARREIROS, 1999, pp. 363-367) escrito por este que vos fala, era a primeira a ser considerada.

Antes de qualquer interpretação, é importante que analisemos o processo legislativo que resultou na citada lei. A proposta inicial era remeter à justiça comum o julgamento, em tempo de paz, de crimes cometidos contra civil, e resultou da “CPI que investiga o Extermínio de Crianças e Adolescentes”. A motivação seria um alegado corporativismo no julgamento como regra. Nessa tramitação houve várias propostas e alegações, passando pela sempre absurda e inconstitucional tese de que militares estaduais não seriam considerados militares para fins penais; pela necessidade de tutela dos bens jurídicos ligados à razão de ser das Forças Armadas; redação que restringia a exceção do parágrafo aos militares estaduais; redação mais técnica como a que fala “Excetuados os crimes dolosos contra a vida, consideram-se crimes militares em tempo de paz”, e outras idas e vindas em geral pouco técnicas e que, ao final, terminaram com a aprovação constante da lei 9.299/96.

Como dissemos no artigo⁸ em que aprofundamos mais este assunto, da análise do processo legislativo, podemos deduzir, ao fim que:

- 1) se pretendia tirar os crimes dolosos contra a vida das justiças militares: e não fazer júri nas justiças militares;
- 2) foram afastadas as hipóteses que só atingiam militares estaduais e as Justiças Militares estaduais;
- 3) na vigência da atual constituição foram analisadas, pelo congresso, diversas restrições ao artigo 9º mas elas não vingaram;
- 4) a tese de que a EC 45 reconheceu que a aplicação do parágrafo Único do art. 9º era apenas aos militares estaduais não se sustenta, em razão do que dissemos no 2).

Nesse mesmo artigo, lembramos que, sim, as exposições de motivo servem apenas de guia para compreensão e que muitas mudanças ocorrem no decorrer do processo legislativo: e houve. Aliás, como também lembramos lá, basta notar o que constava da exposição de motivos do que levou à EC 45 e que não se efetivou: “De notar-se que perde sentido, nesse sistema, a chamada Justiça Militar, a qual deverá ater-se aos problemas da disciplina interna dos quartéis”.⁹

Dessa análise e dessas 4 conclusões lógicas, podem ser afastadas as teses de a) aplicação apenas aos militares estaduais e não aos federais; b) de que se pretendia criar tribunal do júri nas Justiças militares; c) induz a concluir, junto com a análise da tramitação da Emenda Constitucional 45, que esta não era uma interpretação autêntica, um reconhecimento de que jamais se pretendeu atingir os militares federais; e d) que nunca se pretendeu, até agora, criar tribunal do júri na Justiça Militar Estadual.

⁸ Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Disponível em < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/>> acesso em novembro de 2017.

⁹ Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emenda-constitucional-45-8-dezembro-2004-535274-expositivaodemosivos-149264-pl.html>>. Acesso em outubro de 2017.

Como dissemos: na análise acima nos baseamos no que se pretendeu. Mas vejamos, agora, argumentos ainda mais consistentes. Tratemos da interpretação conforme, mas não sem antes examinar argumentos em favor da interpretação literal.

Em primeiro lugar, há que se dizer que a literal é uma interpretação possível, nada tem de absurda. Não só já escrevemos nesse sentido, no passado, mas também optam pela literalidade relevantes doutrinadores.

Lobão (LOBÃO, 1999) fala em açodamento por motivos mais políticos que técnicos e propõe que a redação “Não se consideram militares, os crimes dolosos contra a vida, cometidos nas circunstâncias das alíneas *b*, *c* e *d* do inc. II” teria evitado o problema. Que isso faria com que tais delitos escapassem da competência da Justiça Militar, sem inconstitucionalidade”. Vale questionar que a tramitação durou 4 anos, não tendo sido tão açodada assim, e que houve várias propostas de redação rejeitadas, inclusive bem próximas a essa que ele propõe.

Rosseto também se posiciona pela literalidade, entendendo que o crime continua sendo militar, da forma que foi redigido e, com isso, estaria em confronto com a Constituição (ROSSETO, 2012, pp. 128-129), mas posicionamentos como o do STF, este no sentido de a lei redefinira os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis como crimes comuns. Relata, também que a posição do STM que declarara a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96 no que se refere ao parágrafo único do art. 9º do CPM e do art. 82 do CPPM.

O amigo e colega Cícero Coimbra, com seu coautor Streifinger, se posicionaram (COIMBRA; STREIFINGER, 2012) no sentido também da literalidade, entendendo também que há inconstitucionalidade por se processar e julgar crime militar na justiça comum.

Para analisarmos esse assunto, precisamos falar sobre uma grande e reiterada confusão: a que esquece a distinção entre a natureza militar do crime e a competência das justiças militares. Não é a mesma coisa e não se trata de discussão bizantina. Precisamos repetir aqui o que dissemos com base em nossa obra no artigo mais completo que mencionamos supra.

Também aqui o legislador perdeu, mais uma vez a oportunidade de escrever tecnicamente. Assim, por tudo que já explicamos antes, onde se diz “serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto”, leia-se: serão crimes militares. Não repetiremos os fundamentos pois está tudo explicado acima e aplica-se, aqui, *mutatis mutandis*.

Mas, apesar de se tratar de uma norma de Direito substantivo, inserida em um código de direito substantivo, no artigo que define quando os crimes têm natureza de crime militar em tempo de paz, ela tem sim reflexo direto na competência: Como às justiças militares compete “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (União) e “os militares dos estados nos crimes militares definidos em lei” (estados e DF), resulta que, como regra geral, esses crimes, agora militares, passem a ser processados e julgados nas justiças militares. Dizemos, como regra geral, porque já explicamos acima, com base originalmente em cota redigida pelo Dr. Nísio Tostes, crimes militares podem ser julgados na justiça comum estadual e federal, por juízos monocráticos ou Tribunais: e elencamos as hipóteses de prerrogativa de foro e crimes militares praticados por civis contra as instituições militares estaduais, vez que regra de competência não pode ser considerada *abolitio criminis*. Já detalhamos mais isso supra.

Essa confusão entre direito penal e processual penal terá consequências relevantes, causando polêmica quando tratarmos do conflito de normas no tempo, mais adiante, e que será uma das maiores polêmicas acerca da lei em comento.¹⁰

Para dar uma dimensão ainda mais exata do absurdo que seria admitir essa *abolitio criminis*, ela permitiria, por exemplo, e como dizemos no livro, admitir que o Comandante do Exército não responderia por

¹⁰ Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Disponível em < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/> > acesso em novembro de 2017.

nenhum crime militar, só porque tem foro por prerrogativa... E nenhuma outra autoridade com foro por prerrogativa fora da Justiça Militar, também não.

Resolvida essa questão de diferenciar conceitos de penal e de processo, podemos nos lançar à solução que já propomos, em ocasiões anteriores, a esse imbróglio: a Constituição trata nos artigos 124 e 125 que os crimes militares são definidos em Lei. Que Lei? O Código Penal Militar. Dentro do CPM, em que artigo? Em tempo de paz, no artigo 9º. Ora, o legislador, que inúmeras vezes mostrou ser pouco técnico ao redigir normas legais, foi no Código (que trata de direito substantivo) que define os crimes militares, dirigiu-se ao artigo que define quais são os crimes militares e inseriu um parágrafo Único, comumente usado para fazer exceções, com a nítida intenção, inclusive confirmada pela tramitação da Lei, de fazer com que os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil deixarem de ser crimes militares. Ora, segundo o Prof. Barroso, na obra *Interpretação e aplicação da Constituição*, escrita muito antes de ser Ministro, a Interpretação Conforme se basearia na escolha de uma interpretação em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que a norma admita; na busca de um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta do texto; na admissão de uma linha de interpretação e exclusão de outra(s) que não seria(m) incompatível(is) com a Constituição e que, além de mecanismo de interpretação, é um mecanismo de controle de constitucionalidade porque se declara ilegítima uma determinada leitura da normal.

Entendemos que a interpretação proposta atende a todos, perfeitamente. Por tal motivo: Constitucional desde a origem, o que afasta, também com reforço do processo legislativo, a tese que *a redação dada ao artigo 125, §3º da CF seria uma interpretação autêntica que reconheceria que o parágrafo único seria inconstitucional e jamais teria sido aplicável aos militares federais*¹¹.

¹¹ Também nesse sentido o acórdão que mencionamos no artigo mais completo e que fora citado por Aras: STF, Pleno, RE 260.404/MG, rel. min. Moreira Alves, j. em 22/03/2001).

Com tudo isso, a tese de júri na justiça militar, mesmo estadual, como propõem Osmar Coelho (PINTO, 2017) e Fernando Galvão¹², dentre outros, também fica refutada, já que pressupõem a literalidade, a manutenção da natureza de crime militar dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil e exigiriam uma *mens legis* de manter nas justiças militares tais julgamentos, tudo contrariado pela interpretação e pela análise da tramitação. Além disso, não se faria toda uma mudança sem que se criasse um rito próprio, ainda que o fosse por meio de mera referência expressa a aplicar o rito do CPP. Como lembrou Aras em seu artigo¹³, essa hipótese já fora levantada antes e rechaçada pelo STF:

Ao que tenho conhecimento, tal tese foi pela primeira vez trazida a lume em 1990 pelo então subprocurador-Geral da República Cláudio Fonteles, em parecer apresentado ao STF no RE 122.706/RJ. Naquela ocasião, a Corte decidiu que “A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, parag. Único. III. RE não conhecido”.

Também a mudança ocorrida em 2011, quando o parágrafo Único foi modificado para restabelecer a natureza de crime militar quando em situação típica da lei do Abate esta foi feita, mantendo a essência do artigo e, nesta hipótese específica, voltada a garantir que a análise da conduta do piloto fosse feita de forma técnica, por militares, juízes afeitos àquelas normas e procedimentos especializados.

¹² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual. In: www.jusmilitaris.com.br. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/juri.pdf>. Acesso em: out. 2017.

¹³ ARAS, Vladimir. As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/> Acesso em: out. 2017.

No que tange às Leis Complementares 117 e 136 que modificaram a Lei Complementar 97, concluímos de forma mais detalhada no longo artigo mencionado, que tínhamos que rever o posicionamento que tínhamos em nosso livro. Como os dispositivos inseridos por elas na LC 97 atingiam apenas alínea, sem mencionar o parágrafo único, este, na verdade, continuava excepcionando o que quer que constasse das alíneas. E excepcionava, apenas, no que tange aos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil, que são os únicos que estamos analisando aqui.

Vale dizer que essas modificações feitas na LC 97 nada possuem de inconstitucional nem contra a convencionalidade, ao contrário do que se pretendeu com a ADIN 5032, mas remetemos ao artigo longo e detalhado sobre este mesmo assunto que mencionamos acima.

2.2.3. A Era de Aquarius? Só se for em abundância de polêmicas e algo mais. Lei 13.491/2017, a Terceira Grande Era

Primeiro, queremos falar de uma pequena mudança de expressão surgida com a nova Lei. Tentou meu amigo José Osmar Coelho¹⁴ deduzir mudanças baseadas no fato de que o texto atual do §1º difere daquele previsto no antigo parágrafo Único (nas duas antigas versões, sem considerar a exceção do tiro de destruição): agora o legislador usou “serão da competência do Tribunal do Júri” e não mais da justiça comum, como fazia antes. Mas isso, mais uma vez, nenhuma influência tem em sua interpretação: pode ser colocado na conta da técnica do legislador, que já comentamos *supra* e em textos anteriores. O próprio processo legislativo mostra que se cogitou da expressão anterior e da atual, sem que se tivesse, mais uma vez, intenção de júri na Justiça Militar, o que se pretendia, desde o início, e que ficou claro durante toda a tramitação, era uma ampliação, no ano da olimpíada, para garantir uma análise mais técnica da conduta de militares em certas atuações. A análise técnica que se supunha que o escabinado poderia fazer, por conhecer os detalhes da atuação militar.

¹⁴ Advogado e Presidente do Instituto baiano de Direito Militar, do qual sou vice.

Mais que isso, no longo artigo que escrevemos, e também neste resumo, lembramos que o Princípio da Unidade da Constituição não admite norma originária inconstitucional e que o mesmo texto original que previu o júri entre direitos e garantias individuais também previu as competências das Justiças Militares que se baseavam, por princípio, no escabinado e não no júri, sendo necessária a compatibilização entre ambos.

Importante destacar o curioso fato de que o projeto de lei visava a ter natureza de lei temporária, com vigência apenas em 2016, e que o veto presidencial foi referente a penas a esse caráter, com o fundamento de que aquela modificação não deveria ter caráter transitório em razão da segurança jurídica e que o emprego recorrente das Forças Armadas exigia uma norma permanente para regular a questão. Mais: que essa limitação temporal poderia criar ares de tribunal de exceção.

O veto não merece maiores elucubrações, pode ser esquisito mas não viola o processo legislativo. Mas claro que elucubrarão.

Não nos alongaremos acerca da constitucionalidade da nova Lei, coisa que fizemos no tal artigo mais extenso ao qual remetemos¹⁵ quem tiver interesse. O objetivo deste é uma maior compreensão das 3 eras, principalmente da 3ª. Mas podemos destacar, *en passant*, três grandes argumentos pela constitucionalidade nele contidos. Em primeiro lugar, como explicamos em nossa obra Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática, Hierarquia e Disciplina são garantias individuais e para a Sociedade e podem ser atingidas por qualquer pessoa, mesmo que não seja militar. Em segundo lugar, as decisões de cortes internacionais citadas sempre versam sobre países em que a Justiça Militar tem natureza bem distinta da nossa. Versam sobre julgamentos a portas fechadas, sem liberdade para escolha de advogado, com juízes e promotores sem independência funcional, prerrogativas e garantias essenciais e

¹⁵ Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Disponível em < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/>> acesso em novembro de 2017.

são órgãos que sequer integram o Poder Judiciário. Tudo ao contrário daqui. E o terceiro deles pode ser resumido em um trecho do parecer¹⁶ que o Dr. Odim Brandão Ferreira, Subprocurador-Geral da República exarou, falando pela PGR, acerca da ADIN 5032 que questionava as Leis Complementares 117 e 136 que ampliavam (e nem tanto) o conceito de crime militar e no sentido da improcedência desta. Vejamos:

Nem todo aumento de competência da Justiça Militar é, por si só, inconstitucional: impossibilidade da dedução da inconstitucionalidade da LC 97 pela simples verificação de que se atribuiu ao referido ramo do Judiciário maior medida de jurisdição que a prevista na lei anterior que, assim, fica acidentalmente constitucionalizada.

O problema posto pela lei resolve-se por meio da determinação das funções das Forças Armadas brasileiras, que se apura especialmente pela interpretação do art. 142 da CR: a defesa da lei e da ordem, sempre por iniciativa do poder civil competente.

Como essas Leis versam sobre mudança na Lei Complementar n. 97 e as hipóteses desta são abrangidas na nova regra, de forma mais ampla, até, isso se aplica, também, ao §2º em comento.

Voltemos ao principal. “§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:”.

Em primeiro lugar: no que tange aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, e em relação ao parágrafo 2º, este só se aplica se o agente for militar federal: o *caput* fala em Justiça Militar da União e, quanto aos militares estaduais, a Emenda 45 estabeleceu, em norma processual, competência do Tribunal do Júri, nos termos já explicados. Não poderia ser mudada por Lei.

¹⁶ Parecer da PGR pela improcedência da ADI 5032. Subprocurador-Geral da República Dr. Odim Brandão Ferreira.

Enfim, o agora §1º tem o caráter de regra geral – cujas exceções estão no §2º – e não difere da interpretação que demos ao parágrafo Único inserido pela lei 9.299/96. Já explicamos acima.

Já adiantamos que a alínea c do inciso III do parágrafo 2º apenas mantém o que já existia com a Lei 12.342/2011: natureza de crime militar quando a situação for referente ao abate de aeronaves. Vejamos os demais dispositivos.

A que atribuições se refere o inciso I do §2º do artigo 9º do CPM? “I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;”

Embora pareça um pouco vago, o que poderia permitir sua aplicação a uma infinidade de situações, entendemos que ele não poderia tratar de toda e qualquer atribuição que fosse estabelecida pelo Presidente ou Ministro da Defesa. Toda a tramitação desse parágrafo, toda a discussão foi em torno de atuações das Forças Armadas ligadas à “defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”, que é o que a Constituição elenca como destinação dessas forças. Esse inciso, assim, complementa o inciso III, visando a abranger hipóteses que poderiam dele escapar, mas que teriam relação direta com a destinação primeva das Forças Armadas, essas atuações citadas no parágrafo anterior.

Atribuições como a de Combate à Dengue e Operação Pipa, importantíssimas, diga-se, ainda assim não estariam abrangidas por essa hipótese, lembrando, no entanto, que pode ocorrer o que é previsto no inciso II, vez que abrange mesmo as situações não beligerantes.

Quais as ações a que estar-se-ia referindo o inciso II? “II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou”

Parece claro que se refere ao campo material: uma OM, uma fração desta, as instalações ou tropas, pessoas e coisas. Não se trata de instituição como conceito imaterial. Assim, ação tem que ter a ver com a segurança de instalações ou tropas, pessoas e coisas durante uma missão ou em outras

situações. E, deixando claro que beligerante ou não, aplica-se a situações em que o confronto é provável, mas, inclusive, também a casos em que o confronto é improvável, pouco previsível¹⁷, como, por exemplo, nos casos exemplificados quando tratamos do inciso I: um ataque a militares em missão de Combate à dengue ou Operação Paria abrangido pela hipótese do inciso II. No caso de patrimônio sob administração militar isto se aplica quando refletir na segurança da própria tropa, de terceiros ou da Sociedade.

No caso do inciso III, vislumbramos uma Interpretação autêntica intrainfra-norma feita pelo legislador. “III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:”

Ele apenas parece deixar à subjetividade do intérprete os conceitos de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, mas delimita restringe esse alcance logo em seguida, ao exigir que sejam os feitos em conformidade com o artigo 142 da Constituição – que já abordamos bastante acima – e, conjunção aditiva, na forma dos diplomas legais em logo, restringe a aplicação, mantendo como crime militar ou tornando crime militar apenas as condutas amoldadas às hipóteses a seguir:

Já comentamos a alínea a) Passemos direto à: “b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;”

Nesta, ao contrário das Lei Complementares 117 e 136, mexeu-se no parágrafo que faz exceção especificamente nos crimes dolosos e não nas alíneas que continuaram sendo excepcionadas pelo parágrafo. Logo, com a presente mudança, tais crimes, quando nas hipóteses da Lei Complementar n. 97, passam a ser crimes militares. Prossigamos: “c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e”

Esta alínea pode parecer um pouco obscura à primeira vista, como discutíamos com o colega e coautor Guilherme Rocha. Mas é simples: as atuações

¹⁷ Se bem que em áreas de alto risco como várias que existem no Rio de Janeiro, acaba sempre sendo previsível que algum ataque possa acontecer, principalmente por parte do crime organizado.

militares são na condição de Polícia Judiciária Militar, coisa que já gerou muita polêmica por haver grande desconhecimento acerca da polícia judiciária militar e do controle externo exercido pelo MPM.

Como exemplos em que tais confrontos podem ocorrer, podemos falar daquelas operações de polícia judiciária militar que ocorrem quando há invasões a quartéis com roubos de fuzil e munição. E muitos equívocos foram proclamados pela imprensa e até por operadores de Direito que deveriam conhecer a Lei. Finalmente, falemos da derradeira alínea “d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral”.

Aqui cabe repetir o que dissemos ao analisarmos, a alínea “b” do inciso III do §2º do artigo 9º do CPPM. Como agora se mexeu no parágrafo e não em alínea do inciso II, o Antes se mexeu na alínea do inciso II e com isso o parágrafo continuava excepcionando. Agora a mudança foi no parágrafo e, assim, atingiu os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil.

Findamos aqui essa rápida especificação sobre cada mudança feita pela lei 13.491/2017 no que tange ao júri. Reiteramos que, se o legislador tivesse realmente que criar júri na justiça militar, teria regulamentado as hipóteses de um corpo de jurados ou civil, ou militar ou um para certas hipóteses e outro para outras. Aliás, para que o corpo de jurados fosse composto de militares, nem a aplicação analógica do CPP serviria: teria que ser especificamente regulamentado.

No artigo mais completo explicamos ainda as razões de a hediondez ser elemento especializante para que prevaleçam os crimes hediondos do CP sobre os do CPM (que nunca teve crimes hediondos). Mostramos, ainda, que tráfico não é crime hediondo e que o art. 290 do CPM prevalece para usuário e traficante. Adiantamos isso porque já começou uma grande discussão sobre que artigos do CPM prevalecem em vigor e quais foram revogados com a modificação da Lei. “Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:”.

Essa é a maior das alterações feitas pela Lei analisada. Antes só eram militares, em tempo de paz, os “crimes previstos neste código”, exigindo a segunda estar de acordo com as condições do artigo 9º (em tempo de paz), para ser crime militar¹⁸. Agora, crimes do Código Penal comum e da legislação extravagante podem ser considerados crimes militares em tempo de paz. Como saberemos quais crimes prevalecem, quando previsto o mesmo tipo na parte especial do Código Penal Militar E na legislação comum?

O legislador não excluiu “Os crimes previstos neste código”: apenas acrescentou, usando a conjunção coordenativa ADITIVA “E”. Assim:

- a) Não foram revogados todos os crimes não abrangidos pelo inciso I do art. 9º do CPM, ou melhor,
- b) A regra geral é que permanecem em vigor os crimes do CPM quando também existirem na legislação comum. A exceção será os que já estavam revogados, óbvio, e aqueles que não prevalecerão por uma questão de especialidade.

Por que isso? Porque via de regra os tipos penais do CPM prevalecem pela especialidade, como recente e comumente vem sendo decidido. Mas, por vezes, outro elemento especializante prevalece, como aconteceu com os crimes licitatórios, como explicamos em nossa obra.

Mas, além dos revogados, isso ocorrerá com alguns outros, até então em vigor, e cuja especialidade só poderá gerar o confronto a partir de agora e como exemplos, teremos os crimes hediondos, inclusive os de homicídio qualificado, abrangendo, por exemplo, os de Femicídio e contra autoridade ou agente. E por que tais crimes prevalecerão sobre os correspondentes do CPM? Porque a Constituição prevê, entre os direitos e garantias fundamentais: que a Lei os defina, e a Lei os definiu mas esqueceu os do CPM¹⁹. Assim, entre os elencados como hediondos pela Lei e os do CPM (olvidados

¹⁸ Em tempo de Guerra, o art. 10, IV considerava os crimes da legislação penal comum como militares, naquelas condições explicitadas.

¹⁹ Os decretos anuais de indulto, curiosamente, ao tratarem dos crimes hediondos e equiparados, também excepcionam os previstos no Código Penal Militar e correspondentes aos mencionados.

nessa classificação, prevalecem, por especialidade os da Lei comum, sobre na situação do artigo 290 do CPM já devia estar recebendo anteriormente o tratamento mais gravoso dado pela Lei 8072/90 (e suas modificações) porque o artigo 290 fora abrangido por aquela lei, pelos motivos explicados acima.

Sobre a aplicação da Lei no tempo, falaremos com profundidade em outro artigo que publicaremos em breve. Mas já adiantamos, com base no que escrevemos acima, que a mudança foi na Lei Penal. O conceito de crime militar é um assunto de direito material. Natureza de crime militar não deve ser confundida com competência. No entanto, como regra geral, ser crime militar implica ser julgado por uma justiça militar²⁰. Assim, acaba tendo, quase sempre, consequência processual. Por tal motivo a questão da aplicação da Lei 13.491/2017, aos crimes anteriores à sua vigência, deve ser analisada de forma híbrida:

- a) Deve prevalecer, obviamente, o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e
- b) O princípio processual do *tempus regit actum* deve ser mitigado de forma a que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado não possam prevalecer (vejam, por exemplo, que o artigo 90A da Lei 9.099 veda a aplicação desta já justiça militar, o que pode prejudicar, já que é uma norma processual que acaba tendo consequência penal).

Só pra ninguém esquecer, o *caput* do inciso III do artigo 9º remete ao *caput* do Inciso I e ao do II, então também foi atingido pela mudança do inciso II, isto é, quando o agente for civil ou militar da reserva ou reformado.

Enfim, não existe, nem com a nova Lei, o Júri na Justiça Militar. Poderia, sim, ser criado júri com jurados civis e com jurados militares, a depender do caso julgado, para substituir o escabinado – e não só em crimes dolosos contra a vida – mas isso nunca ocorreu. Como dissemos, caso aprovado o PL que visa a atribuir competência monocrática ao juiz-auditor nos crimes militares praticados por civil, o fundamento da mudança em

²⁰ Explicamos acima que nem sempre: a justiça comum pode processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

andamento seria o que o ideal é, que o civil não seja julgado por militares: assim, aplicação analógica do CPP para suprir a lacuna legal e teremos júri presidido pelo Juiz-Auditor: Jurados civis.

Os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil serão, em regra, crimes comuns (é norma de direito material e não de competência, apesar da redação ainda infeliz). Mas serão militares nas condições da Lei do abate (como já constava da redação de 2011), da Lei complementar n. 97 que versa sobre operações de garantia da lei e da ordem e outras hipóteses e atuação das Forças Armadas, no exercício da polícia judiciária militar e quando no contexto do código eleitoral.

Os crimes hediondos terão a hediondez como elemento especializante. Tráfico não é hediondo, é apenas equiparado no tratamento dado a tais crimes, prevalecendo, por exemplo, o art. 290 do CPM (nas hipóteses que ele elenca): a Lei apenas diz, sem falar em artigo do CP, que o crime de tráfico receberia o mesmo tratamento que ela dava aos hediondos.

Sobre a Lei no tempo, deve prevalecer o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e é necessária mitigação do princípio processual *tempus regit actum*, para institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado penalmente não possam prevalecer. Sobre outros aspectos ou aprofundamos no artigo detalhado citado, cuja leitura recomendamos, ou aprofundaremos a seguir:

3 PARTE 2: MUDANÇAS NO CÓDIGO PENAL MILITAR: PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE A MUDANÇA QUE OCORREU – TRATANDO AGORA DO CAPUT DO INCISO II E SUAS CONSEQUÊNCIAS (O VELHO TRUQUE DAS PERGUNTAS E RESPOSTAS PARA COMENTAR UMA NOVA LEI)

3.1 Introdução

Eu não vim para explicar; eu vim para confundir...
Chacrinha

Maxwell Smart, o Agente 86, sempre se referia ao velho truque de alguma coisa. E fazia isso sempre que o truque, quase sempre novo e inusitado, resolvia uma situação impossível de ser resolvida. Por vezes, achamos que sempre será impossível chegar – não a um consenso, pois não temos essa pretensão e ela pode envolver conceitos antidemocráticos – mas pelo menos a uma opinião majoritária acerca de interpretações que versam sobre natureza de crimes militar e competência das justiças militares.

Tentemos contribuir para essa discussão ou, ao menos, para aumentar, digo, diminuir a confusão se já se iniciou. Muita coisa já está sendo dita e mudança a exige uma análise maior antes de conclusões que já são dadas como certas.

3.2 Perguntas inquietantes e algumas respostas possíveis em uma abordagem lógica do texto legal

Se um homem começar com certezas, ele deverá terminar em dúvidas; mas se ele se satisfizerem começar com dúvidas, ele deverá terminar em certezas.
BACON, F., *The Advancement of Learning*, 1605

Caso se pretenda entender questões referentes a constitucionalidade e à origem primeva dessas modificações, desde a Lei 9.299, no longínquo ano de

1996, remetemos o leitor ao artigo²¹ recente que escrevemos acerca dos novos parágrafos do artigo 9º do CPM e ao nosso livro Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática. Trataremos aqui do essencial para a resposta a cada indagação que já ouvimos, lemos ou formulamos. E já não será pouca coisa. Esperamos redigir algo razoavelmente pequeno, ao menos em relação à parte anterior.

Se no outro artigo a abordagem foi em cima dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, o que mudou com os novos parágrafos do art. 9º do CPM, a abordagem deste versa sobre a mudança no inciso II do mesmo artigo.

Passemos às perguntas e busquemos respondê-las...

3.2.1 Pela nova redação do CPM, os CIVIS podem cometer crimes MILITARES não previstos na parte especial do CPM, apesar de não ter havido mudança no inciso III do artigo 9º do CPM: mas apenas no inciso II?

Essa é uma daquelas questões que exigem uma leitura atenta da Lei penal e precisa ser enfrentada, antes mesmo de analisarmos as consequências maiores da mudança provocada pela nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM. Começemos pelo texto exato do *caput* do inciso III do mesmo artigo, que não sofreu nenhuma mudança com a nova Lei.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

²¹ *Lei 13.491/2017*, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Publicado em < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/10/revisado-lei-13491-artigo-bem-completo-e-detalhado.pdf> > acesso em 2 de novembro de 2107.

Notem o que grifamos: o artigo III não se basta, ele remete aos incisos anteriores, na verdade ao *caput* de cada um deles, pois as alíneas do II versam sobre agente militar. Vamos relembrar o que já comentamos anteriormente:

Como já dissemos antes, devemos notar que este inciso tem importante diferença em relação ao inc. II: não trata apenas dos tipos que existem idênticos no Código Penal, pois, textualmente, refere-se aos “compreendidos no inc. I, como os do inc. II, nos seguintes casos”. Assim sendo, exceto nos casos em que o civil é coautor ou participe junto com um militar, em que esta condição se comunica por ser elementar, para que o civil responda pelos crimes do inc. I – e não apenas do inc. II – deverá estar de acordo com as condições do inc. III.

Também o inc. III tinha redação idêntica no Código Penal Militar de 1944 e sobre ele, bem esclareceu Sílvio Martins Teixeira:

Como não é só o militar que comete crime militar, pois também o pratica o civil quando a infração penal é contra as instituições militares, cuidou o art. 6.º, na alínea III, de declarar quais os crimes que devem ser considerados contrários às referidas instituições. (*sic*) (...)

Argumento por vezes levantado pelos que pretendem negar a existência de crimes militares em certas hipóteses que se encaixariam neste inciso, seria o de que o legislador menciona que os crimes devem ser contra as instituições militares em razão da menção desta expressão em seu texto. Cabe ressaltar, no entanto, que a tal expressão segue-se uma interpretação autêntica intranorma que define o que seriam os crimes contra as instituições militares: “contra as instituições militares, considerando-se como tais, não só os compreendidos no inc. I como os do inc. II, nos seguintes casos” (grifei). Assim sendo, parece que o legislador optou por não deixar sob o livre crivo do intérprete a interpretação do que seriam os crimes contra as instituições militares, definindo na própria norma, considerando como tais os das alíneas do art. 9.º, III, tanto no caso dos que possuem redação idêntica no Código Penal, quanto nos que só consta ou constam diferentes no Código Penal Militar. Além do mais, é de conhecimento que

a lei não contém palavras inúteis e entender que não basta ser contra militar em local sob administração militar para ser crime militar, tornaria letra morta a alínea b deste inciso. Sim, pois qualquer condição a mais determinaria a natureza de crime militar por força exclusivamente da alínea a, ou da c ou da d, sem que se cogitasse a necessidade da b. Não se pode negar vigência, neste caso, senão por inconstitucionalidade que não existe. (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015) (grifamos)

E um pouco mais adiante, na mesma obra:

Só nos casos previstos no inc. III (nos seguintes casos), os civis (e militares da reserva ou reformados, a eles equiparados), praticarão os crimes previstos no inc. I e os crimes previstos no Código Penal Militar, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum (conforme *caput* do inc. II).

Assim, o inciso abrangia:

- a) os crimes que só existem na parte especial do Código Penal Militar ou nela são definidos de modo diverso da legislação comum. Pois considera como tais “não só os compreendidos no inciso I” e se consultarmos o inciso I, veremos que ele trata “crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”;
- b) e os previstos no CPM com igual definição na legislação comum. Pois considera também os do inciso II ao afirmar “como os do inciso II”. E o inciso II tratava dos “crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”, pois essa era a redação anterior do inciso II.

Como o inciso III continua com a mesma redação e, assim, continua considerando como crimes militares os do inciso II (“como os do inciso II”), se o inciso II mudou de redação, é esta nova redação que vale para o inciso

III. E qual é essa nova redação? “II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:”.

Logo, se o civil praticar um crime compreendido no Inciso II, isto é, previsto no CPM ou na legislação penal, como está na nova redação, e esse crime se der em alguma hipótese das alíneas “a” a “d” do inciso III do artigo 9º, esse crime também será crime militar (Para tratar dos civis não era necessário mexer no inciso III, mas apenas nos incisos a que este se referia. E ele se referia ao II, que foi modificado).

Então, respondendo objetivamente à pergunta, após essa breve explicação, os CIVIS podem cometer crimes militares não previstos na parte especial do CPM, isto é, previstos na legislação penal comum.

Não entraremos aqui na longa discussão sobre a Constitucionalidade do processo e julgamento e civis na Justiça Militar, remetendo, mais uma vez, à nossa obra que mencionamos acima. Vamos a mais uma pergunta:

3.2.2. A nova redação do Inciso II do art. 9º do CPM revogou todos os crimes militares que não são propriamente militares? Agora os impropriamente militares são só os da legislação comum?

Antes de responder a essas perguntas, temos que lembrar da indefinição e de uma grande confusão acerca do que seria crime propriamente militar. Em primeiro lugar, algo deve ficar claro: o inciso I do CPM não versa apenas sobre crimes propriamente militares, mas sobre crimes que estão previstos de modo diversos na Lei Penal comum ou que nela não estão previstos. Em segundo lugar, é preciso lembrar que o conceito de crime propriamente militar é indefinido ao menos desde o Brasil-Império: sobre isso até lançamos a “Teoria do Cubo Impossível”²², em nossa obra já mencionada

²² Na obra *Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática*, lançamos a Teoria do Cubo Impossível. Adotamos tal nome porque na obra de arte *Belvedere*, de Escher, há uma figura geométrica supostamente tridimensional que aparenta, à primeira vista, ser um cubo. Mas ao olharmos detalhada e longamente, notamos que há aresta que passa, ao mesmo tempo, à frente e atrás de outra, o que é impossível: trata-se de uma das maravilhosas ilusões de óticas criadas pelo gênio do

acima. Não há uma definição consensual nem mesmo uma que se passa ter como majoritária que realmente defina sem subterfúgios o conceito.

Mas o importante é que mesmo que aceitemos uma dessas várias definições doutrinárias – por exemplo a de que seriam crimes propriamente militares aqueles que só por militares poderiam ser praticados mas também a insubmissão²³ – esse artigo não abrande apenas os propriamente militares. Sílvio Martins Teixeira (TEIXEIRA, 1946, p. 47) e Mayrink da Costa (MAYRINK DA COSTA, 2005, p. 45) também deixam isso claro.

O primeiro em sua magistral obra que explica o CPM de 1944, tendo composto a comissão que o elaborou, comenta o artigo 6º, I daquele código (de redação idêntica ao 9º I do CPM atual que praticamente copiou aquele artigo 6º), afirmando que “Os crimes propriamente militares ou definidos de forma exclusivamente adaptável à legislação penal militar, são os referidos na alínea I do art. 6º ora comentado”.

O segundo bem explica que a distinção entre os incisos do art. 9º não se confunde com a “distinção entre crimes própria e impropriamente militares”.

Em monografia de conclusão de Especialização em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar²⁴, explicamos que o inciso I não trata apenas de crimes propriamente militares, mas também:

- 1) dos crimes contra a segurança externa (art. 136 a 148);
- 2) dos crimes que existem na legislação e cujos con-

artista holandês. Seria impossível de executar no mundo real De certa forma, o mesmo ocorre com o conceito de crime militar no direito brasileiro que, há quase 200 anos, pelo menos não gera um consenso para sua definição.

²³ Definição com várias falhas: além de já falar em uma exceção para evitar sua falha, ainda deixa de explicar o que fazer com a parte final do §1º do art. 53 do CPM.

²⁴ ALVES-MARREIROS, Adriano. *Crime Propriamente Militar, Teoria do Cubo Impossível e os Crimes Inesperadamente Enquadrados no Inciso I do Art. 9º do CPM*. Monografia apresentada a AVM Faculdade Integrada como exigência para obtenção do Título de Especialista em Direito Penal Militar e Processual Penal Militar. Orientadora: Professora Fabiana Oliveira Beda Macedo.

ceitos são modificados e passam a ser considerados militares (a exemplo do dano, citado, e dos crimes contra a incolumidade pública. Como Teixeira escreveu na década de 1940, não poderia ter citado um outro aspecto que pode ser entendido a partir de fato bem lembrado várias vezes por Jorge Alberto Romeiro, dentre elas, ao comentar a punição da tentativa no CPM: A parte final deste dispositivo, inovação em nosso *ius positum*, em matéria de punição da tentativa, foi copiada do parágrafo único do art.14 do CP comum de 1969, lei essa revogada antes mesmo de entrar em vigor. (ROMEIRO, 1994, p. 104);
3) dos crimes que só existem na legislação militar²⁵.

Teremos que responder, então, quando aos do inciso I do artigo 9º do CPM e não apenas quanto aos crimes propriamente militares.

Definido isso e voltando à pergunta (“atualizada”), para respondê-la, façamos uma nova: que crimes prevalecem quando previsto o mesmo tipo penal na parte especial do CPM e na comum?

E fazemos ESSA pergunta porque o legislador não excluiu os crimes previstos no CPM – “os crimes previstos neste código” – apenas acrescentou, usando a conjunção coordenativa ADITIVA “E”, como adiantamos no artigo sobre os nos parágrafos. Repetimos, então: “como aditiva, ela não adições e não subtrações”.

Assim sendo, apesar de já termos ouvido e lido afirmativas em contrário, precisamos responder que não foram revogados todos os crimes da parte especial do CPM não abrangidos pelo inciso I do artigo 9º do CPM. Haverá hipóteses em que prevalecerão os do CPM e hipóteses em que prevalecerão os da legislação comum. Mas isso já é assunto de outra pergunta:

²⁵ Dentro desta categoria estariam os que só podem ser praticados por militares (ou por civil pela norma de extensão do 53, §1º), os citados contra a segurança externa, os que só possuem razão de ser na legislação militar e os Crimes inesperadamente enquadrados no inciso I do art.9º do CPM, que analisamos de forma inédita no TCC citado e que existem apenas no CPM, não por uma opção devida a peculiaridades militares, mas porque constariam do CPM e do CP de 1969, mas este último nunca entrou em vigor, a exemplo do crimes de chantagem.

3.2.3. *Dispositivos penais que estabelecem medidas despenalizadoras e outras afins vão passar a ser aplicados aos crimes militares, a exemplo da Lei 9.099 e da Lei de drogas (11.343)?*

Essa é possivelmente a questão que envolve maior risco para a Sociedade e que, obviamente, é o sonho de abolicionistas e garantistas radicais. É claro que começaremos a ver requerimentos nesse sentido e, o pior, por vezes até com a concordância de quem mais deveria zelar pela defesa da Sociedade.

Para tratarmos desse assunto, primeiro precisamos falar sobre Hierarquia e Disciplina. Como já escrevemos antes sobre tal assunto, optaremos, por conveniência (eufemismo para preguiça?), em fazer algumas longas citações. Vejamos o que já dissemos ao tratarmos da impossibilidade da autocomposição no caso do Direito Penal Militar e Processo Penal Militar²⁶. Começemos falando sobre a Hierarquia e a Disciplina e sua natureza de garantias individuais e para a Sociedade:

Ao tratar desse assunto, é preciso, primeiro, falar da importância da Hierarquia e Disciplina nas Forças Armadas. Mais que bases constitucionais: são GARANTIAS para o indivíduo e para a Sociedade. Vejamos o que mencionamos em artigo anterior, escrito quando pretendiam afastar a parte geral do CPM, submetendo os crimes militares a ela. Começamos citando renomado autor Otávio Vejar Vasquez como epígrafe e prosseguimos com nossas considerações²⁷:

²⁶ ALVES-MARREIROS, Adriano. Da IMPOSSIBILIDADE de usar a autocomposição no Direito Penal e Processual Penal Militares. Publicado na página Direito Penal Militar do Facebook. Disponível em < https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1515096788567529&id=867184596692088 > Acesso em novembro 2017

²⁷ ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e disciplina como garantias individuais e para a sociedade*: fundamento para afastar a extinção da parte geral do Código Penal Militar. Uma análise das diferenças mais relevantes e essenciais. Publicado originalmente em Jus Navigandi e, recentemente em <http://genjuridico.com.br/2015/05/18/a-extincao-da-parte-geral-do-codigo-penal-militar/>. Acesso em 12 de junho de 2015.

(...) Sobre a índole do CPM

“El Derecho Penal Común se elabora con la concurrencia de dos elementos: el filosófico y el histórico, tendiendo a aproximarse al ideal de justicia concebido en cada época y, en cambio, el Derecho Militar se sustrae a esas corrientes porque su objeto se limita a la defensa eficaz de la colectividad mediante la conservación de la disciplina dentro del ejército, por lo que ha llegado a decirse que la ley castrense es una ley de salud pública que descansa sobre la necesidad social. Es decir, que la ley común es cambiante porque tiene la fisonomía que le imprime la escuela filosófica en cuyos principios se orienta y la militar tiene un perfil constante porque encuentra su base en el principio de la defensa del Estado contra enemigos interiores y exteriores, que requiere el mantenimiento estricto de la disciplina en el ejército”²⁸

Hierarquia e Disciplina são as bases constitucionais das Forças Armadas. Constam explicitamente do texto desde a segunda Constituição brasileira e implicitamente da Constituição Imperial. Mais que preceitos, possuem natureza de garantias individuais e garantias para a Sociedade, vez que a hipótese de milícias armadas sem estarem submetidas à hierarquia, à disciplina e ao poder civil é combatida desde as declarações de direitos do século XVIII, a exemplo da Declaração do Bom Povo de Virgínia:

Artigo 15º – Uma milícia disciplinada, tirada da massa do povo e habituada à guerra, é a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; os exércitos permanentes em tempo de paz devem ser evitados como perigosos para a liberdade; em todo o caso, o militar deve ser mantido em uma subordinação rigorosa à autoridade civil e sempre governado por ela. (grifei)

E mais recentemente, o Pacto de San Jose da Costa Rica, vigente no Brasil:

Artigo 16 – Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

²⁸ VASQUEZ, Octavio Vejar. “Autonomia del Derecho Militar”, apud in www.cesdim.org.br.

2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. (grifei)

São reconhecimentos explícitos de que o militar federal ou estadual têm peculiaridades que exigem certa diferenciação no tratamento, em especial quanto à análise dos crimes militares. Basta imaginarmos ou lembrarmos as conseqüências da quebra da disciplina, da hierarquia e da insubmissão ao poder civil, ocorridas a mais ou menos tempo.

A hierarquia, a disciplina e a observação das peculiaridades militares é que garantem a paz social e a segurança do indivíduo e da Sociedade em relação às forças que podem utilizar a violência em nome do Estado. São tais conceitos que garantem que há limites estritos para tal utilização.

Também mostrando a importância da Hierarquia e da Disciplina para a Sociedade e a paz social, já comentamos que:

Os militares são submetidos à hierarquia e à disciplina em decorrência da Democracia e, também por outras causas, sofrem certas restrições nos seus direitos e garantias individuais e na sua cidadania. Já vimos gente, supostamente em nome da liberdade, querer se opor a tais restrições. Datada do século XVIII, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia demonstra claramente isso, ao dispor:

“Artigo 15º Uma milícia disciplinada, tirada da massa do povo e habituada à guerra, é a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; os exércitos permanentes em tempo de paz devem ser evitados como perigosos para a liberdade; em todo o caso, o militar deve ser mantido em uma subordinação rigorosa à autoridade civil e sempre governado por ela”.

A Declaração de Independência dos EUA também nos mostra a razão, ao dizer que o então rei da Grã-Bretanha:

Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior.

É em nome da Liberdade, da Democracia, que há restrições aos direitos e garantias sociais e individuais em geral dos militares. A milícia armada sem controle é perigosa, pode causar grandes danos. Os militares são admiráveis, inclusive porque abdicam de parcela de sua liberdade para garantir a nossa, a da sociedade. A Liberdade de todos depende dessas restrições e da hierarquia e da disciplina. Aliás, é necessário dizer: sociedade não é uma entidade etérea, nem uma pessoa jurídica, nem nada parecido. Sociedade é um conjunto de individualidades, de indivíduos e cada um deles deve ter sua dignidade de pessoa humana preservada. Quando se faz um confronto entre a dignidade da pessoa humana de um criminoso e a necessidade da sociedade, não é um confronto entre Estado e indivíduo: é um confronto entre indivíduo e indivíduo, um criminoso e uma vítima ou candidato a vítima, vulnerável, amedrontado. (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015, pp. 1000-1001)

E não se diga que tais conclusões seriam mera suposição acadêmica. Aqui mesmo em Salvador, antes do carnaval de 2012, ficamos presos em nossas casas, temerosos do que poderia acontecer, enquanto militares grevistas fechavam a Avenida Paralela, de armas na mão, além de deixarem de combater o crime...

Acrescentamos a esse último trágico evento citado o caos que tomou conta do Espírito Santo quando a Hierarquia e Disciplina foram mais uma vez quebradas, este ano, em uma greve da Polícia Militar. Mortes, destruição de patrimônio, medo, terror, bandidos agindo livres nas ruas: perda de garantias para indivíduos e para a Sociedade como um todo.

Sabendo de toda essa problemática, tratemos da aplicabilidade de medidas despenalizadoras, prosseguindo com trecho do mesmo artigo.

Sobre aplicabilidade de medidas despenalizadoras no âmbito dos crimes militares e a falta de liberdade do militar para a justiça consensual:

Já sobre medidas despenalizadoras, como essas agora

estimuladas pelo CNMP, com sua razão de ser no Direito comum, podemos observar, comentando a Lei 9.099 e sua aplicação ou não aos crimes militares, que: Em todo caso, é interessante destacar texto que explica sobre a inaplicabilidade da Lei 9.099/1995 à Justiça Militar,

“A *ratio* legislativa que levou a criação da Lei 9.839/1999, visava proteger os princípios da hierarquia e disciplina que poderiam ser maculados pela medida despenalizadora, de forma que a transação penal poderia colocar em risco a disciplina militar e, na hipótese de representação (lesão corporal dolosa e lesão corporal culposa), não se ajustava a hierarquia militar, podendo levar a impunidade, visto que se um militar fosse vítima de um desses delitos jamais representaria contra o ofensor. Desse modo, o objetivo da Lei 9.839 foi excluir do âmbito da justiça militar os institutos característicos da chamada justiça criminal consensuada. (grifamos) (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015, p. 71)

(...)

Daí, podemos notar que o uma concordância do autor citado com o principal ponto que pretendemos provar: o militar não tem liberdade para uma justiça consensuada. O inferior se sentirá em perigo, ou ferindo a hierarquia ao ter que negociar ou representar contra um superior. Mas também o superior entenderá que não deve agir penalmente contra o inferior temendo perder até parcela de sua liderança por fazer isso. Prosseguindo com o trecho: Cuidando bem de razões que justificam a inaplicabilidade, não se pode olvidar artigo do promotor de Justiça de Goiás, José Eduardo do Nascimento.

(...)

Vejamos a questão da representação, ainda no mesmo artigo.

“Embora a integridade física não seja bem jurídico disponível, o legislador da Lei 9.099/1995 entendeu criar nova forma despenalizadora, ao ditar que a persecução criminal referente aos delitos de lesão corporal leve e culposa exigirá representação como condição de procedibilidade, condição superveniente da ação ou de prosseguibilidade para os processos em curso. Entretanto, assim não ocorre na Justiça Militar. Quando um policial militar, no exercício de suas funções, comete um crime de lesão corporal, ao lado da vítima, enquanto sujeito

passivo da violação, surge o interesse do Estado e da sociedade, no correto e regular desempenho do poder de polícia por seus agentes, que nesta qualidade atuem. E este interesse público, tendo como titulares o Estado e a sociedade, não pode ficar sujeito à discricionariedade do ofendido em oferecer representação.

Neste sentido, é a sistemática da legislação penal militar, que em seu art. 121 determina:

Art. 121. A ação penal somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público da Justiça Militar. E diz o art. 29 do CPPM:

Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar. As únicas hipóteses de requisição referem-se aos arts. 136 a 141, sendo do Ministério Militar ou do Ministério da Justiça, conforme a hipótese, em crimes contra a segurança externa do país que, por sua especificidade, exigem manifestação dos referidos órgãos quanto à conveniência da ação penal, que, em qualquer caso, será pública.

Ademais, o direito penal militar desconhece os institutos do perdão do ofendido, perempção e decadência, inerentes à ação penal privada e pública condicionada, esta na hipótese da representação. (grifamos) (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015, pp. 72-73) Vejamos que aqui fica claro que o legislador entendeu, e manteve, apesar da CF de 1988 e das alterações em 1996 e 2011 feitas no CPM, esse entendimento de que o crime militar envolve sempre o interesse público e impondo que toda e qualquer ação deve ser pública, sem estar submetida a discricionariedade de ofendido. Mesmo as ações condicionadas, o são mediante manifestação de relevantes agentes e não de particular individualmente considerado. A inexistência do perdão do ofendido, da perempção e da decadência são estranhos ao CPM, o que só reforça a completa indisponibilidade que aqui defendemos.

Também o Código Eleitoral configura exemplo da indisponibilidade do interesse público na persecução criminal. Mas vez que entramos no assunto da ação penal militar, é importante citar, também, trecho do colega Guilherme Rocha sobre o assunto, e prosseguir com os comentários que fizemos naquele artigo e transcrevemos agora:

Considerando a redação dos arts. 122 do CPM, 31 do CPPM, e 95, parágrafo único, da Lei 8.457/1992 – LOJMU (Lei de Organização Judiciária Militar da União), são de ação penal militar pública incondicionada, tanto as perpetradas em tempo de paz quanto as realizáveis em tempo de guerra, qualquer que seja o agente (militar ou civil), independentemente da natureza do crime (crime própria ou impropriamente militar; doloso, culposo ou preterdoloso; formal, material ou de mera conduta; comissivo ou omissivo) e independentemente da natureza ou do *quantum* da pena cominada. (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015, p. 776)

Outra coisa que analisamos naquele artigo, é que o legislador optou por não estabelecer penas pecuniárias e prosseguiu nessa linha ao vedar a transação penal da Lei 9.099 na justiça militar. Ricardo Freitas, coautor de nosso livro, explicou acerca da inexistência de penas pecuniárias e restritivas de direitos no Direito Militar Brasileiro:

Por outro lado, o Código Penal Militar também não prevê a existência de penas restritivas de direito e pecuniárias, a exemplo da multa, diferenciando-se, assim, neste particular aspecto, o direito penal militar do direito penal comum. Reafirmando tal orientação político-criminal, o Superior Tribunal Militar reconheceu a “inexistência de previsão de penas restritivas de direito e de multas na legislação penal militar”.⁵⁵ Em julgado posterior, o mesmo tribunal voltou a denegar pedido de condenado militar no sentido da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito com apoio no seguinte argumento: “Esta Corte tem entendimento firme no sentido de não aceitar a aplicação da Lei 9.714/1998, que dispõe sobre penas restritivas de direitos, não só em razão da especialidade e autonomia do direito penal militar, mas, também, por sua incompatibilidade com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar”. Especificamente no que diz respeito ao crime de deserção, o Superior Tribunal Militar também se manifestou pela impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.⁵⁷

Em outra oportunidade, a mesma Corte decidiu ser “inaplicável a imposição da obrigação de prestar serviços em favor da comunidade ante a ausência dessa regra na legislação substantiva castrense”.⁵⁸ Por fim, de maneira semelhante, decidiu o Supremo Tribunal Federal em acórdão que merece transcrição integral de sua ementa por sua exemplaridade:

“Ementa. *Habeas corpus*. Crime militar. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Impossibilidade na espécie. Habeas corpus denegado. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de não se admitir a aplicação da Lei 9.714/1998 para as condenações por crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao direito penal comum. Precedentes. 2. A conversão da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar por duas restritivas de direitos poderá ocorrer, pelo menos em tese, desde que o paciente tenha de cumprir pena em estabelecimento prisional comum e a pena imposta não seja superior a dois anos, nos termos previstos no art. 180 da LEP, por força do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, daquele mesmo diploma legal. 3. Na espécie, contudo, a pena fixada ao paciente foi de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão. Não há, portanto, como ser reconhecido a ele o direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. *Habeas corpus* denegado.” (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015, p. 847)

E notem que isso não é apenas por falta de previsão, mas, segundo o STF: “não só em razão da especialidade e autonomia do direito penal militar, mas, também, por sua incompatibilidade com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar”. Notem a preocupação com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar, reforçando tudo que estamos afirmando aqui. E somos obrigados a repetir mais um trecho de nosso artigo, pois nele resumimos que:

Isso reforça tanto a indisponibilidade absoluta da persecução penal militar, a necessidade da ação penal ser sempre pública e, quando condicionada, apenas a agentes políticos em casos muito específicos e que há grandes problemas para penas restritivas de direitos e até

pecuniárias pelas peculiaridades militares. Acrescento que o espírito de corpo do militar, mais até que qualquer relação entre superior e inferior hierárquicos impede qualquer liberdade de negociar, até mesmo entre iguais, diante do próprio custo social que representa.

Um mínimo de conhecimento prático na vida militar, apenas vai comprovar que a natureza das relações sociais militares impede qualquer verdadeira liberdade para tal negociação. Não se trata apenas de ameaça, risco de retaliação ou coisa assim, mas temor reverencial, sentimento de violação de camaradagem profissional de confiança de irmãos de armas, de receio de hostilidade social decorrente. Fora a que é indiscutível a necessidade de se coibir, cada vez mais, as “soluções internas” para crimes militares e essas medidas despenalizadoras acabariam estimulando tais soluções na teoria do “se vai fazer lá, eu já faço aqui mesmo”.

Quando analisamos, em nossa obra, os crimes contra a honra, concluímos que:

No que tange a calúnia, difamação e injúria, podemos observar que as penas preveem multa, o que não acontece com o Código Penal Militar. Como já dissemos outras vezes, multa não está entre as penas previstas no Código Penal Militar. A verdade é que a pena pecuniária para militares parece ser um tabu no direito militar e talvez tenha relação com uma ideia de desonra ao se resolver com dinheiro um crime ou uma transgressão. *Ao contrário do direito penal comum, tais crimes não são de ação penal privada.* Aliás, como já foi visto na análise da parte geral do Código Penal Militar contida nesta obra, a regra do Código Penal Militar é a ação penal pública incondicionada, sendo a exceção consistente em alguns crimes contra a segurança externa do país e o caso do comandante do teatro de operações, este somente em tempo de guerra. (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015)

E mais uma vez o STF, como explicamos na mesma obra quando tratamos do artigo 290 do CPM, artigo que abrange a conduta do usuário e do traficante:

A questão foi submetida ao plenário no HC 94685 e o *writ* foi denegado. A relatora foi a Min. Ellen Gracie que, mudando posição anterior, denegou a ordem e foi acompanhada pelos Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa e Carlos Britto, este último após pedir vista em seguida divergência levantada pelo Min. Eros Grau com base nas razões expandidas em *habeas corpus* da 2.^a T.

Ao final o plenário do STF reafirmou que a insignificância não se aplicaria ao crime militar do art. 290. Vejamos a notícia do STF que bem explica o caso:

“Quinta-feira, 11 de novembro de 2010

STF reafirma que insignificância não se aplica a porte de drogas em estabelecimento militar

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou seu entendimento de que a posse de reduzida quantidade de substância entorpecente por militar, em unidade sob administração castrense, não permite a aplicação do chamado princípio da insignificância penal. A decisão foi tomada no julgamento do *habeas corpus* (HC) 94685, ajuizado na Corte em favor de um ex-soldado do exército, condenado a um ano de prisão pelo porte de 3,8 gramas de maconha no quartel em que cumpria serviço militar obrigatório.

Os ministros confirmaram, nesta tarde (11), a decisão tomada pelo Plenário em 21 de outubro deste ano, no julgamento do HC 103684, que tratava do mesmo tema. Na oportunidade, por maioria de votos, os ministros entenderam que seria inaplicável a tese da insignificância no âmbito das relações militares. E ainda que a legislação especial – o Código Penal Militar – prevalece sobre a lei comum, a nova lei de tóxicos (Lei 11.343/2006). Para os ministros, as relações militares são dominadas pela disciplina e hierarquia.

No início do julgamento do HC 94685, em outubro de 2008, a relatora do caso, Min. Ellen Gracie, considerou que o porte de droga, mesmo que para consumo pessoal, é prejudicial e perigoso nas Forças Armadas. A Ministra entendeu, na ocasião, que um julgamento favorável ao réu poderia fragilizar as instituições militares e lembrou que a Lei de Tóxicos não revogou o art. 290, do CPM, que trata do uso, porte ou tráfico de entorpecentes em lugar sujeito à administração militar.

No julgamento do HC 94685, ficou vencido apenas o Min. (aposentado) Eros Grau. (Grifamos).

Na verdade, o STF adota, basicamente, os argumentos que nós e outros tantos doutrinadores adotamos. (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015) (g.n)

Notem o motivo, o fundamento: as peculiaridades militares. Como dissemos também acerca desses crimes de drogas em nossa obra:

É importante lembrar que o presente capítulo está inserido no Título VI que trata dos *Crimes contra a incolumidade pública*. *Isto por si só já afastaria qualquer alegação de autolesão quando se fala em drogas: o próprio legislador deixou claro que tais crimes afetam a incolumidade pública e não só a individual*. Some-se a isso que a atividade militar envolve o uso de armas, de viaturas, emergências, segurança de instalações, equipamentos e armas e, principalmente de vidas humanas o que torna os crimes de drogas especialmente perigosos à sociedade e à administração pública em relação aos crimes comuns. Lembramos mais uma vez que hierarquia e disciplina não são apenas as bases constitucionais das forças armadas e das forças militares estaduais, mas vão além: são garantias constitucionais para o cidadão e a Sociedade, pois são as garantias de que as instituições armadas do Estado estarão sob o poder civil, a ele subordinado e deverão agir sempre dentro da legalidade e com respeito aos direitos fundamentais. Imaginemos o risco de um soldado armado com um Fuzil de combate automático como o FAL, de serviço, só em seu posto, que está com maconha pronta para ser consumida no bolso e a usa, ficando em estado alterado de consciência, ou que não tinha a droga e a recebe de outro que não estava de serviço. Muita coisa pode acontecer: pode acabar não reconhecendo o rondante e atirando nele, pode ficar prostrado permitindo assim que alguém subtraia sua arma para usá-la no crime, pode cair nessa mesma prostração ou no sono e deixar que vigiar sua área de atuação, permitindo a entrada de estranhos que poderão matar seus colegas e danificar, sabotar e subtrair coisas, como armas, munições e explosivos. Usando droga durante uma *blitz*, a depender da droga, um policial militar, poderia disparar arma contra inocentes, usar de violência em situações em que, alucinado, entende estar acontecendo outra coisa,

abusar contra civis, ou, simplesmente, não cumprir adequadamente seu dever de dar segurança aos indivíduos, à sociedade e, com isso permitir que crimes se realizem, que armas de bandidos passem, que bêbados e drogados prossigam dirigindo e matem inocentes na calçada ou em outros carros. O bombeiro que, drogado, acaba deixando de salvar pessoas ou provoca a morte do colega que atua contando que ele está em sua atuação normal. Não, definitivamente a droga no quartel, a droga usada por militar que está trabalhando, não é caso simplesmente de autolesão ou coisa semelhante: é caso de polícia, de processo e de condenação! (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015)

Poderíamos nos alongar mais, mas apenas traríamos argumentos semelhantes no sentido de reforçar a importância que as peculiaridades militares, inclusive de índole constitucional, inclusive as que visam garantir a vida, a propriedade, a incolumidade, a cidadania e a liberdade dos indivíduos, e assim, de toda a Sociedade, têm que se possa formular respostas adequadas a quaisquer das perguntas que venham a ser formuladas.

Respondendo, então, à pergunta formulada, os dispositivos penais que estabelecem medidas despenalizadoras e outras afins NÃO vão passar a ser aplicados aos crimes militares, a exemplo da Lei 9.099 e da Lei de drogas (11.343). (No que tange aos crimes praticados antes da vigência da lei: explicaremos mais à frente)

3.2.4. Como saber quais crimes prevalecem no confronto entre os da parte especial do CPM e os tipos penais da legislação comum

Aqui vamos ter que dividir em duas partes a resposta: uma resposta, mais simples tratando dos crimes que ocorrerem a partir da vigência da nova lei e uma outra, de solução mais complexa, relativa aos casos anteriores à vigência da nova lei. E temos que responder considerando tudo que explicamos no item 2.3 sobre incompatibilidades com a índole do Direito Militar²⁹.

²⁹ Na obra Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática detalhamos as razões

Como dissemos no longo artigo que mencionamos, ter natureza de crime militar não é a mesma coisa que ser de competência da Justiça Militar:

O conceito de crime militar é um assunto de direito material. Natureza de crime militar não deve ser confundida com competência. No entanto, como regra geral, ser crime militar implica ser julgado por uma justiça militar³⁰. Assim, acaba tendo, quase sempre, competência processual. Por tal motivo a questão da aplicação da Lei 13.491/2017, aos crimes anteriores à sua vigência, deve ser analisada de forma híbrida: deve prevalecer, obviamente, o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar; e o princípio processual do *tempus regit actum* deve ser mitigado de forma a que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado não possam prevalecer (vejam, por exemplo, que o artigo 90A da Lei 9.099 veda a aplicação desta já justiça militar, o que pode prejudicar, já que é uma norma processual que acaba tendo consequência penal).³¹

No tal longo artigo 49³² e em nossa obra Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015), aprofundamos essa questão e a ela remetemos, mas faremos breve citação que ilustra, por meio da prática, a questão:

da inaplicabilidade quase total da Lei 9.099 nas justiças militares, mas chegamos a admitir, apenas em casos de crimes militares culposos praticados por civis, a suspensão condicional do processo e só para civis, porque haveria desigualdade entre quem tivesse ou não foro por prerrogativa, e não haveria um fundamento que justificasse, especificamente nesses casos, o tratamento desigual. Quem quiser entender melhor a questão, remetemos às folhas 81/83 da citada obra.

³⁰ Explicamos acima que nem sempre a justiça comum pode processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

³¹ ALVES-MARREIROS, Adriano. *Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida.* (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.). Publicada na Página Direito Penal Militar do Facebook. Disponível em < https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1509306272479914&id=867184596692088 > acesso em novembro de 2017.

³² Artigo citado.

Assim sendo, havendo atribuição de competência à Justiça Militar para o processo e julgamento dos crimes militares – como é o caso da Justiça Militar Federal – e prerrogativas de foro *ratione muneris*, elas devem ser compatibilizadas. E de que forma isso é possível? É simples: só muda a competência, direito adjetivo. A norma penal aplicável, de direito substantivo, continua a mesma. Não pode ser diferente a solução aplicável às justiças militares estaduais, a quem compete, por mandamento constitucional, processar e julgar *policiais e bombeiros militares* nos crimes militares, excluindo, portanto, os civis. Parece óbvio que devem eles ser julgados pela Justiça Estadual – excetuadas as prerrogativas de foro – pelos crimes militares definidos em lei. A simples redação do art. 9º, I, do CPM deixa isso claro, ao se referir a “qualquer que seja o agente”, como bem destacou o brilhante Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios Nísio F. Tostes Ribeiro, em cota da denúncia dos Autos 08190.030051/01-51, referentes ao “Caso Novacap”, de grande repercussão.

(...)

Portanto, não havendo exceção legal, a lei penal militar também deve ser aplicada a estas hipóteses, a despeito de qual seja a justiça competente.

Complementando a argumentação e trazendo, novamente, conceitos formulados pelo nobilíssimo Dr. Nísio naquela mesma peça:

“O Código Penal Militar é uma lei especial, e a lei especial prevalece sobre a lei comum (*Lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogantur*)

Sendo uma lei em pleno vigor, o Código Penal Militar deve ser aplicado e respeitado como qualquer outra lei deste País. A prática de conduta delituosa prevista em qualquer de seus artigos enseja a aplicação de uma sanção penal.

Por fim, observa-se que o art. 125, § 4º, da Carta Magna é uma mera regra de competência e não uma *abolitio criminis*, não tendo derogado o art. 9º do CPM”.

Não se pode deixar de aplicar a lei por não gostar dela, por não conhecê-la ou por não entendê-la. Não pode deixar, portanto, de ser aplicado o Código Penal Militar, quando há ofensa às instituições militares estaduais, apenas porque a Justiça Militar Estadual não pode

julgar civis. Muda a competência, mas não muda a lei, não muda a natureza de crime militar da conduta, como, aliás, ocorre com qualquer outra justiça. Ademais, este posicionamento é reconhecido na Súmula 53 do STJ (de 1992, posterior à Constituição atual), isto é, aquela regra de competência afasta, indiscutivelmente, a aplicação da Lei Adjetiva Castrense, já que esta é aplicável, apenas, nos seus estritos termos (em especial, seu art. 6.º), nos processos perante as Justiças Militares estaduais.

Aliás, a Constituição atribui competência ao STF para processar e julgar os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes comuns. Em geral se entende que, neste dispositivo constitucional, crime comum é aquele que não se caracteriza como crime de responsabilidade, não excluindo, assim, os crimes militares (que, neste caso, fariam parte dos crimes comuns). Mas tal discussão não é relevante em obra que trata de direito penal, até porque o entendimento diverso – o de que, em crimes militares, os comandantes citados não seriam julgados pelo STF – também nos levaria a concluir que se trata de crime militar, só que julgado na própria Justiça Militar. A mesma Carta atribui ao STJ competência para processar e julgar desembargadores federais. Todas essas pessoas não podem, então, ser processadas por crimes militares? Parece ser óbvia a resposta negativa, caso contrário, todos aqueles que têm foro por prerrogativa de função estariam fora do alcance da Lei Penal Militar, podendo cometer condutas delituosas previstas no Código Penal Militar sem consequências penais, ferindo gravemente o princípio da igualdade.

Sem dúvida alguma, todas as pessoas que possuem prerrogativa de foro respondem por delitos previstos no Código Penal Militar perante a Justiça que for competente *ratione muneris*

Na prática, aceitar que as normas do artigo 9º sejam normas de competência significaria concluir pela inconstitucionalidade das antigas redações do parágrafo único do artigo 9º do CPM, pela inconstitucionalidade do atual §1º e pouca ou nenhuma utilidade do §2º. Seria admitir que pessoas, inclusive autoridades militares, tivessem imunidade penal para certos crimes

militares só por terem foro por prerrogativa e que civis respondessem por certas condutas contra instituições militares federais, mas não pelas mesmas condutas contra as estaduais. Parece forçoso concordar que existe nítida diferença entre natureza de crime militar e competência das justiças militares.

Compreendendo essa diferença essencial, passemos à nossa bifurcada resposta.

3.2.5. Como saber quais crimes PRATICADOS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI prevalecem no confronto entre os da parte especial do CPM e os tipos penais da legislação comum

Quando comentamos³³ acerca dos parágrafos na nova Lei, dissemos:

Mas eis a pergunta que – oh, terrível chavão – não quer calar: como saberemos quais crimes prevalecem, quando previsto o mesmo tipo na parte especial do Código Penal Militar e na legislação comum?

Em primeiro lugar, é preciso perceber que o legislador não excluiu “Os crimes previstos neste código”: apenas acrescentou, usando a conjunção coordenativa ADITIVA “E”. Como aditiva, ela faz adições e não subtrações. Assim, apesar do que já ouvimos alguns afirmarem, devemos insistir que: não foram revogados todos os crimes não abrangidos pelo inciso I do art. 9º do CPM, ou melhor; a regra geral é que permanecem em vigor os crimes do CPM quando também existirem na legislação comum. A exceção será os que já estavam revogados, óbvio, e aqueles que não prevalecerão por uma questão de especialidade.

Sobre a não revogação, já explicamos acima. Temos que enfrentar a questão da especialidade, que agora será ainda mais discutida que antes.

³³ ALVES-MARREIROS, Adriano. *Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.)*. Publicada na Página Direito Penal Militar do Facebook. Disponível em < https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1509306272479914&id=867184596692088 > Acesso em novembro de 2017.

Em nosso livro (MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015), escrito antes da nova Lei, mostramos que o puro e simples fato de estar no CPM não seria elemento especializante capaz de fazer com que este prevaleça sobre qualquer outro semelhante, constante da legislação comum. Concluímos que seria necessário verificar, caso a caso, qual seria o mais especial. Demos como exemplo de prevalência da legislação comum, os tipos penais da lei de licitações, pois estes foram feitos especificamente para a forma e as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93 e nos termos da Constituição de 1988 e que isso seria o elemento especializante que definiria os artigos 327 e 328 do CPM como revogados.

Então, para começar, temos que reconhecer que os que já estavam revogados explícita ou tacitamente não podem prevalecer sobre os tipos da legislação comum, o que é o óbvio ululante, para usar as palavras de Néelson Rodrigues.

Começamos analisando o que disse o colega e coautor Guilherme Rocha, em *post* na sua página do Facebook:

Quanto ao inciso II, todavia, houve uma pequena mudança de redação... Com uma gigantesca abrangência no conceito de crimes militares praticados por militares da ativa! Tal ocorreu porque a Lei n. 13.491/2017 acrescentou ao inciso II a expressão “e na legislação penal”, de sorte que – a exemplo do que ocorre no conceito de crimes militares em tempo de guerra à luz do art. 10, IV, do CPM – não há mais necessidade de o delito estar tipificado no Código Penal Militar sempre que o agente for militar da ativa (das FFAA, da PM ou do CBM) e o comportamento estiver concretamente calcado em alguma das hipóteses do art. 9º, II, do diploma substantivo castrense. Pode-se afirmar que o legislador penal castrense, com este acréscimo, criou o conceito de “crime militar por equiparação”.

Concordamos com o que ele disse, com uma ressalva que explicamos logo no início deste artigo: ele afirma que só os militares da ativa teriam

sido abrangidos pelo acréscimo da legislação comum. Que os civis, militares reformados e da reserva não teriam sido atingidos. Mostramos no item 2.1, *supra*, que o inciso III não se basta pois remete aos crimes do inciso I (“não só os compreendidos no inciso I”) e do inciso II (“como os do inciso II”) praticados nas condições das alíneas do inciso III. E esse é o inciso que trata dos crimes praticados por militar da reserva ou reformado ou por civil. Reiterando: o inciso não dispõe que seriam os constantes do CPM e nem que seriam também os da legislação comum, ele apenas se refere aos incisos anteriores e estará eternamente vinculado a eles, e as mudanças que eles sofrerem, enquanto for essa a redação (do inciso III).

A partir daí, Guilherme prossegue explicando melhor esse conceito de Crime Militar por Equiparação, exemplificando longamente, como é de seu estilo:

Desse modo, em conformidade com a redação conferida pela 13.491/2017 ao inciso II do art. 9º do CPM, passaram a ser crimes militares em tempo de paz (por equiparação) praticados por militares da ativa: crimes contra a propriedade imaterial; crimes contra a organização do trabalho; crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos; assédio sexual; lenocínio e tráfico de pessoa para prostituição ou exploração sexual; crimes contra a família; crimes contra a administração pública estrangeira; crimes contra as finanças públicas; abuso de autoridade; tortura; crimes ambientais; crimes econômicos; crimes financeiros; crimes contra as relações de consumo; crimes tributários; crimes falimentares; terrorismo; tráfico de órgãos; crimes de preconceito; crimes previstos em Estatutos (ECA, Estatuto do Desarmamento, Estatuto do Idoso, Estatuto do Índio etc.), entre tantos outros somente previstos na legislação penal comum!

Não há como discordar: esses crimes não estão previstos no CPM e sequer há que se falar em prevalência, apenas em adição. São todos crimes militares por equiparação. Guilherme faz ainda uma previsão que, ao menos os que operam na área militar sabem que é fatídica e inevitável: que haverá,

em curto e médio prazos, sérios conflitos aparentes de normas. Cita, assim, as seguintes hipóteses:

1.1) Conflito entre tipo penal genérico previsto no Código Penal Militar (ex. art. 240 - furto) e tipo penal genérico previsto na legislação penal comum (ex.: art. 155 do CP - furto): Em minha opinião prevaleceria o tipo penal constante do CPM.

Quando a redação é a mesma ou com exatamente o mesmo sentido, não temos como discordar. Alguns indagarão se não se deve aplicar sempre a pena ou tratamento do tipo que, entre os dois, for mais benéfico. E aí? Como mostramos, o legislador acrescentou tipos penais e era de sabença que havia tipos semelhantes em ambas as legislações, até porque era isso que dizia a redação do inciso II. Foi apenas um acréscimo, uma adição e não uma supressão, que só deve ocorrer se, efetivamente, a solução técnica de um conflito aparente de normas, no caso, por especialidade, afastar o tipo militar, e isso não se dá quando a redação é idêntica ou com exatamente o mesmo sentido.

Assim entendemos que deve prevalecer o tipo penal do CPM, mesmo nesses casos, exceção feita, por exemplo, para os crimes como os dos artigos 206, *caput* e 207, §3º do CPM, dentre. E por quê? Em nosso livro (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015) desfazemos um tanto do mito do CPM ser mais duro que a legislação comum. Em vários casos o único motivo da pena ser maior no CPM é que esta é idêntica a do CP de 1969 que não entrou em vigor (poucos são os crimes, existentes nos dois códigos, em que a pena é maior no CPM por opção consciente do legislador). Não tendo entrado em vigor aquele código comum, permaneceram as diferenças entre o antigo e o CPM, sendo que algumas mais surgiram porque o CP comum também teve modificações posteriores que não ocorreram no CPM.

Passemos ao comentário seguinte do Guilherme:

1.2) Conflito entre tipo penal genérico previsto no Código Penal Militar (ex.: art. 206 - homicídio culpo-

so) e tipo penal específico previsto na legislação penal comum (ex.: art. 302 do CTB – homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor): Em minha opinião prevaleceria o tipo penal constante da legislação penal comum.

Aqui também temos que concordar. Nos casos em que o elemento especializante é claro em favor do tipo comum, este deve prevalecer. A hipótese levantada como exemplo pelo colega difere *v.g.* da hipótese dos crimes especificamente ao volante existentes no CPM: arts. 279, 280 e 281. Como dissemos em nosso livro:

Note-se que os três possuem uma elementar especializante, específica, que vai determinar a aplicação do princípio da especialidade, resolvendo qualquer conflito aparente com os crimes de trânsito da lei comum: o veículo deve estar “sob administração militar”. Vejamos os tipos penais: (ALVES-MARREIROS; FREITAS; ROCHA, 2015) (grifamos)

Neste caso, não se trata, simplesmente de estar na parte especial do CPM, mas de haver um elemento especializante bem definido: o veículo deve estar sob administração militar. O Princípio da Especialidade deve ser analisado caso a caso e, como já é de sua natureza, que agora se soma à também polêmica natureza do conceito de crime militar: vai haver muita discórdia em certos casos, como se o pomo lançado por Éris contivesse a inscrição “Ao mais especial...”. Que comecem os combates...

1.3) Condutas não tipificadas no Código Penal Militar em determinados crimes (ex.: conduta de “solicitar” vantagem indevida, na corrupção passiva - art. 308), porém tipificadas na legislação penal comum (ex.: conduta de “solicitar” vantagem indevida, na corrupção passiva - art. 317 do CP) passaram a ser consideradas crimes militares: Em minha opinião a princípio terá de ser aplicável a legislação penal comum, (...) ³⁴

³⁴ Guilherme comenta “que pode haver situações exóticas, para dizer o mínimo

Também não temos como discordar. Se a conduta específica não está tipificada na parte especial do CPM e a Lei fez a adição dos tipos comuns aos crimes militares, então tais crimes, como o do exemplo, prevalecerão no que tange a tais condutas específicas.

Queremos ressaltar, mais uma vez, o que consta do 2.3, *supra*, acerca das incompatibilidades. Institutos incompatíveis com o Direito Penal Militar, inclusive a Pena de Multa, não serão aplicáveis, mesmo que previstos em tipo aplicável no âmbito penal militar, discordando, assim do que diz, o colega Guilherme na continuação do *post* citado sobre o assunto.

Assim sendo temos como respostas:

- a) prevalece o do CPM quando ambos são genéricos. Ex. Estelionato;
- b) prevalece o que contiver elemento especializante ou o elemento especializante prevalente (qual é mais especial) quando são crimes parecidos mas possuem descrições típicas com especificidades (exemplificamos acima com os crimes ao volante). Até porque isso o faz incidir no inciso I do art. 9º. Outro exemplo: Apologia de fato criminoso ou seu autor;
- c) quando um tipo penal comum prevê entre suas condutas,

(por exemplo, o militar da ativa em serviço que solicitar propina responderia frente ao tipo do art. 317 do CP, com pena de até 12 anos, porém se ele se limitar a receber a propina, sem solicitação prévia, responderia frente ao tipo do art. 308 do CPM, com pena de até 8 anos). Se tomarmos como solução ‘a aplicação do inteiro teor do art. 317 do CP’, na prática o tipo penal do art. 308 do CPM simplesmente jamais seria aplicável em qualquer de suas condutas, porém ao menos teríamos a coerência de cominarmos a mesma pena privativa de liberdade a todas as três condutas de corrupção passiva (‘solicitar’, ‘receber’ e ‘aceitar promessa’ de vantagem indevida)”. Neste caso específico, vamos discordar: a especialidade está claramente sendo a definidora do aplicável e, embora o CP comum trate igualmente solicitar e receber, entendemos ser realmente mais grave o solicitar, porque significa uma iniciativa do próprio servidor público enquanto o receber é fruto de tentação, extremamente censurável e grave, mas sem iniciativa. Acaba-se é por fazer mais justiça que na legislação comum. Mas caso se entenda que se está tratando duas situações idênticas de forma que viola a equidade, vai ter que se alegar a inconstitucionalidade de tal violação, para que se possa dar a outra solução.

uma que não está prevista no CPM, esta é que deve prevalecer, devendo ser enfrentadas, no aspecto constitucional, questões de equidade que surgirem. Exemplo: Corrupção Passiva na modalidade Solicitar, verbo previsto apenas no CP comum;

d) todas essas análises, aliás, as dos tópicos “b” e “c”, dependem de compatibilidade com a natureza do Direito Penal Militar conforme explicamos no item 2.3. Ou se aplica só a pena e institutos compatíveis com a índole do Direito militar ou, se nenhum for compatível, prevalecerá o tipo penal da parte especial do CPM.

Passemos à pergunta que achamos que vai gerar mais confusões na prática:

3.2.6 Como saber quais crimes PRATICADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI prevalecem no confronto entre os da parte especial do CPM e os tipos penais da legislação comum. E que Justiça vai processar e julgar?

Naquele longo artigo que já mencionamos inúmeras vezes (Oh, preguiça e autopromoção!!!), já havíamos antecipado que:

Sobre a aplicação da Lei no tempo, falaremos com profundidade em outro artigo que publicaremos em breve. Mas já adiantamos, com base no que escrevemos acima, que a mudança foi na Lei Penal. O conceito de crime militar é uma assunto de direito material. Natureza de crime militar não deve ser confundida com competência. No entanto, como regra geral, ser crime militar implica ser julgado por uma justiça militar³⁵. Assim, acaba tendo, quase sempre, consequência processual. Por tal motivo a questão da aplicação da Lei 13.491/2017, aos crimes anteriores à sua vigência, isto é, a consequência, deve ser analisada de forma híbrida:

- 1) deve prevalecer, obviamente, o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar;
- 2) o princípio processual do *tempus regit actum* deve

³⁵ Explicamos acima que nem sempre: a justiça comum pode processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

ser mitigado de forma a que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado não possam prevalecer (vejam, por exemplo, que o artigo 90A da Lei 9.099 veda a aplicação desta já justiça militar, o que pode prejudicar, já que é uma norma processual que acaba tendo consequência penal).

A mudança é de direito material (penal), pode ter, em regra, consequência processual, e essa consequência processual pode afetar mais uma vez o aspecto penal (a exemplo do 90A da Lei 9099). Caso se analise aquele caso e se vislumbre que a mudança para a Justiça Militar poderia causar prejuízo de qualquer espécie que seja: vedação de aplicação dos institutos da Lei 9099, incompatibilidade da substituição por multa ou por uma pena restritiva de direitos, o crime ser de ação penal privada e outras incompatíveis com o Direito penal Militar ou com o Processo Penal Militar e, assim, incompatíveis com as próprias justiças militares, entendemos que o adequado seria manter o caso – na fase que estiver, inclusive pré-processual – na própria justiça comum (não militar): porque, além dessa incompatibilidade que mostramos, até mesmo a mudança de uma Justiça para outra, tempo de tramitação, falta de estrutura, de recursos ou de agilidade das justiças militares para lidar com esses institutos incompatíveis e até as possíveis indas e vindas constituiriam prejuízo para o réu, ferindo a duração razoável do processo, o Princípio da Eficiência, e causariam grande insegurança jurídica. Não se alegue que uma possível prescrição decorrente dessa demora causada poderia ser alegada como um argumento pró-réu (ou indiciado) porque não pode a Lei e o operador ético do Direito terem por objetivo a extinção da punibilidade, a não resolução do mérito: seria indigno deles, seria um objetivo contrário à Justiça, ao Direito e à Sociedade. Assim, nesses casos, deve ser aplicada a lei comum na justiça comum competente.

Nos casos em que a diferença for apenas o *quantum* de uma pena compatível com a Justiça Militar, ou quiçá algum instituto que beneficie o réu/indiciado e não seja incompatível com a Justiça Militar, entendemos que

a mudança de natureza do crime, de comum para militar, vai determinar de imediato – *tempus regit actum* – também a mudança de competência para a justiça militar competente, se não existir foro por prerrogativa, obviamente.

3.2.7 Essa mudança decorrente da nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM se aplica aos militares e instituições militares estaduais?

Ao contrário do que ocorreu com a redação dos parágrafos do art. 9º do CPM dada pela nova Lei, o inciso II não faz qualquer restrição aos militares estaduais e nem há tal restrição na Constituição. Assim sendo, se aplica aos militares e instituições militares estaduais.

PARTE 3: CONCLUSÃO

*Cesse tudo o que a musa antiga canta, que outro valor maior
alto se alevanta!
(Os Lusíadas – Luís de Camões)*

Seria de se estranhar que, após esse longo artigo, ainda tivéssemos a desfaçatez de fazer uma conclusão extensa. Acho que a melhor opção seria fazermos um breve resumo do que concluímos anteriormente.

Inicialmente, concluímos pela constitucionalidade da Lei 9.299/96 em sua redação original, com base na interpretação conforme.

A mudança no artigo 125 da CF feita pela EC 45 jamais significou um reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do CPM criado pela Lei 9.299/96. Ao mesmo tempo, esse artigo faz com que a nova redação dos parágrafos, que trata dos crimes dolosos praticados por militares contra a vida de civis, não seja aplicável aos militares estaduais.

A redação dada ao parágrafo único em 2011 nada mudou quanto aos aspectos anteriores, apenas excepcionou as hipóteses previstas no que costuma ser chamado de “Lei do Abate”.

Nenhuma dessas normas é eivada de inconstitucionalidade ou viola convenções.

Nenhuma das modificações feitas até hoje visou a estabelecer o júri nas justiças militares. A análise dos processos legislativos, a motivação que as gerou, o próprio teor e a ausência de regulamentação sobre como se daria tal júri são, dentre outros, grandes evidências que afastam tal interpretação: simpática, diga-se. Poderia, sim, ser criado júri com jurados civis e com jurados militares, a depender do caso julgado, para substituir o escabinado – e não só em crimes dolosos contra a vida – mas isso nunca ocorreu.

Os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil serão, em regra (mas uma regra bastante excepcionada pelas condições do §2º), crimes comuns (é norma de direito material e não de competência, apesar da redação ainda infeliz). Mas serão militares nas condições da Lei do abate (como já constava da redação de 2011), da Lei complementar n. 97, que versa sobre operações de garantia da lei e da ordem e outras hipóteses e atuação das Forças Armadas, no exercício da polícia judiciária militar e quando no contexto do código eleitoral.

Os crimes hediondos terão a hediondez como elemento especializante, pois a constituição prevê que devem ser definidos e o foram com esquecimento do CPM, e prevalecerão sobre os tipos originais equivalentes do CPM, inclusive quantos os crimes dolosos contra a vida e abrangendo hipóteses como feminicídio e crimes contra autoridades de segurança. Ressalte-se, aqui, que tráfico não é crime hediondo, é equiparado a estes, e, por não ter sido listado naquelas leis com a citação do artigo do CP e pela índole do Código Penal Militar, avessa a uma lei permissiva como a 11.343 pelo risco que esta traria para a segurança, dever, serviço, hierarquia e disciplina. Por tal motivo, prevalece o 290, que merece, sim, um ajuste, mas não a lei genérica de drogas.

Por fim, *last but not least*, o essencial para uma futura análise de tipos penais, e válida para as duas partes do artigo: deve prevalecer o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e é necessária mitigação do princípio processual *tempus regit actum*, para que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado penalmente não possam prevalecer.

Como se pode notar, a mudança foi bem maior do que parecia antes da promulgação. É uma mudança radical no Direito Penal Militar Brasileiro. Ainda assim, muito aquém do que alguns, delirando à moda de Carrol³⁶, conseguem enxergar através de caleidoscópios mágicos. A mudança não foi total, não foi revogada a essência do Direito Penal Militar e, portanto, este não mudou a essência do Processo Penal Militar e das justiças militares brasileiras.

O artigo já está longo, não há necessidade de recapitular, no que tange à segunda parte, se apelamos à técnica das perguntas respondidas uma a uma, quer se concorde ou não com as respostas e seus fundamentos... Temos certeza de que a polêmica está apenas em seu início e que muito ainda há de ser discutido e provavelmente outras perguntas surgirão exigindo novas respostas.

Esperamos ter contribuído para a solução das questões e, largando agora a pena, vamos à espada: haverá um campo de batalha em cada inquérito, em cada processo, em cada julgamento.

*Quando a Indesejada das gentes chegar
(Não sei se dura ou caroável),
talvez eu tenha medo. Talvez sorria, ou diga:
– Alô, iniludível! O meu dia foi bom, pode a noite descer.
(A noite com os seus sortilégios.)
Encontrará lavrado o campo, a casa limpa, A mesa posta,
Com cada coisa em seu lugar.
(Consoada – Manuel Bandeira)*

³⁶ Lewis Carroll, o grande, alucinante e alucinado autor de Alice no País das Maravilhas)

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. Lei 9.299: militares no tribunal do júri? *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 6 e 7, 1999.

ALVES-MARREIROS, Adriano; FREITAS, Ricardo; ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática*. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

COIMBRA, Cícero; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MAYRINK DA COSTA. *Crime Militar*. 2. ed. Reescrita e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Luem Juris, 2005.

PINTO, José Osmar Coelho Pereira. Crime doloso contra vida de civil e o tribunal do júri na Justiça Militar do Estado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 156, jan 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/site/livros_gratis/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18420>. Acesso em out. 2017.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*, 1994.

ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, Silvio Martins. *Código Penal Militar Explicado*, 1946.

Lei 13.491/17: os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo

Mestre em Direito pela Unifief

Coordenador do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD)

Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB)

Professor de Direito Penal da Graduação do Curso de Direito da Unifief

Artigo publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência do STM,
v. 27, n. 1, jul./2017 a dez./2017

RESUMO: O ordenamento jurídico pátrio incorporou a Lei 13.491/17 trazendo substancial alteração no conceito de crime militar, ampliando o rol das figuras penais para albergar os crimes previstos na legislação comum (Código Penal e Leis extravagantes), delitos esses que nominamos crimes militares por extensão. Essa nova categoria de crimes militares passa a coexistir com outras duas categorias de crimes, quais sejam, os crimes militares próprios e os crimes militares impróprios. Referida Lei tem variados aspectos penais e processuais envolvendo não somente o trabalho da Polícia Judiciária Militar, mas também a competência da Justiça Castrense. Doravante, o crime militar, com a nova categoria de crimes militares por extensão, terá como consequência o engrandecimento do cenário jurídico militar no Brasil, enaltecendo a atuação das instituições militares e da Justiça Militar da União e dos Estados-Membros.

PALAVRAS-CHAVES: Lei 13.491/17. Crimes militares por extensão. Art. 9º do CPM. Código Penal Militar. Penas do Código Penal Militar.

ENGLISH

ABSTRACT: The Brazilian legal system incorporated Law 13,491/17 bringing a new understanding in concept of criminal offense under military law, extending the roll of the criminal types to incorporate the crimes predicted in the common legislation (Criminal Code and Special Laws) these crimes, that we called military offenses for enlargement. This new category of military offenses starts to coexist with another two categories of crimes, which are the proper military crimes and the improper military crimes. Above-mentioned Law has been varying criminal and lawsuit aspects involving not only the work of the Military Judiciary Police, but also the competence of the Military Justice. Henceforward, the military crime, with the new category of military offenses for enlargement, will take as a consequence the aggrandizement of the legal military scenario in Brazil, extolling the action of the military institutions and the Military Justice of the Union and of the Member States.

KEYWORDS: Law 13,491/17. Military Offenses for enlargement. Article 9 Military Criminal Code (CPM – acronym in Portuguese). Sanctions in the Military Criminal Code.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da Constitucionalidade da Lei 13.491/17 – 2.1 Da natureza jurídica da Lei 13.491/17 – 3 O crime militar após a Lei 13.491/17 – 3.1 Da segurança jurídica para definição do crime militar – 3.2 A nova classificação do crime militar em face da Lei 13.491/17 – 3.3 A tipicidade complementar ou indireta dos crimes militares por extensão – 4 O reflexo penal da Lei 13.491/17, a sistemática das penas do CPM em face dos crimes militares por extensão e a ação penal – 4.1 O tratamento do crime de homicídio doloso contra a vida de civil diante da Lei 13.491/17

– 5 O reflexo processual penal da Lei 13.491/17 – 5.1 Atuação da Polícia Judiciária Militar diante dos crimes militares por extensão – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.491/17 inovou o ordenamento jurídico brasileiro e alterou o artigo 9º do Código Penal Militar, ampliando o rol de crimes militares.

Referida lei, que corresponde ao quinto diploma legislativo a alterar o Código Penal Militar desde a sua edição em 1969 – precedido da Lei nº 6.544/78, Lei nº 9.299/96, Lei nº 9.764/98 e Lei nº 12.432/11 –, rompeu a classificação tradicional do crime militar que dividia os crimes militares em propriamente militares e impropriamente militares.

A própria Constituição Federal enalteceu essa legendária classificação doutrinária do crime militar ao estabelecer, dentre as hipóteses de prisão no Brasil, aquela decorrente do crime propriamente militar e que, em virtude desta condição, não depende de autorização ou de ordem judicial (art. 5º, inciso LXI, CF). Com a ampliação do rol de crimes militares pela novel lei 13.491/17, a qual estabeleceu que, além dos crimes definidos do CPM, serão agora considerados crimes militares também os crimes previstos na lei penal comum (art. 9º, inciso II, CPM), variados serão os reflexos no âmbito material e processual militar da legislação vigente, tendo em vista a dupla natureza jurídica dessa nova Lei que é penal e processual.

2 DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/17

A Lei é constitucional, pois a sua edição obedeceu ao devido processo legal. Nesse sentido, leciona Fernando Galvão analisando toda a discussão legislativa que antecedeu a Lei nas duas Casas Legislativas. O renomado autor, após detida análise do processo legislativo, concluiu que a Lei 13.491/17 é constitucional tanto sob o aspecto da substancial alteração

do artigo 9º do CPM quanto também pelo veto presidencial do dispositivo temporal a período ultrapassado relativo às Olimpíadas ocorridas no Rio de Janeiro, em 2016¹.

De se registrar que, conforme diretriz constitucional, é a lei ordinária que define o que é crime militar, a teor do art. 124 e art. 125, § 4º, da CF, que estabelecem, respectivamente, à JMU e à JME a competência para conhecer dos crimes militares definidos em lei. Logo, a própria Lei Maior confere expressamente ao legislador ordinário a competência legislativa privativa para legislar sobre direito penal e processual (art. 22, inciso I, CF).

Desse modo, a alteração legislativa da novel Lei, estabelecendo a competência da JMU nos crimes dolosos contra a vida de civil nas hipóteses previstas no § 2º do art. 9º do CPM, é perfeitamente constitucional e adequada, tendo em vista que a Constituição Federal ressalvou à competência do Júri apenas os crimes militares estaduais dessa natureza, por força da Emenda Constitucional nº 45/04, que deu nova redação ao atual artigo 125, § 4º, da CF.

Com maestria, Silvio Valois Cruz Junior abordou todos os prismas dessa questão ao analisar tanto a novel Lei 13.491/17 como a Lei 9.299/96, em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.804-DF, distribuída ao Min. Gilmar Mendes, em 26.10.17, e somada, por prevenção, à ADI nº 4.164-DF, ambas manejadas pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), que ainda se encontram em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF). O aludido autor demonstra a compatibilidade constitucional das duas referidas leis, bem como a compatibilidade das mesmas aos instrumentos internacionais de direitos humanos por meio do controle de convencionalidade, evidenciando, portanto, tratar-se de leis “inequivocamente válidas diante da teoria da dupla compatibilidade vertical material; a) compatíveis com a CF/88; b) compatíveis com os Tratados de Direitos Humanos” (CRUZ JUNIOR, 2017, pp. 37-40).

¹ GALVÃO, Fernando. Não há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017. JM/MG: Observatório da Justiça Militar. Disponível: <<https://www.observatorio-dajusticamilitar.info/singlepost/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017>>.

2.1 Da natureza jurídica da Lei 13.491/17

Como já afirmamos, a lei tem dupla natureza jurídica. O fato de a novel lei incidir no CPM, alterando o artigo 9º e ampliando o rol de crimes militares, inegavelmente dá-lhe a natureza penal. Por outro lado, cremos que também é inegável a natureza processual penal da lei, porquanto a mesma alterou a competência da Justiça Militar tanto no âmbito da União (JMU) quanto na esfera estadual (JME), às quais, como Justiças Especializadas, competem processar e julgar os crimes militares, a teor do que prescreve a Lei Maior (art. 124 em relação à JMU, e art. 125, § 4º, em relação à JME). Assim, como a Lei 13.491/17 tem dupla natureza jurídica (penal e processual), ao alterar o CPM, podemos afirmar que ela é uma Lei heterotópica, seguindo a lição de Norberto Avena, que registra que esta ocorre quando “embora o conteúdo da norma confira-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela veiculada em diploma de natureza distinta” (AVENA, 2014, p. 57). Essa também é a posição de Rodrigo Foureaux².

Também reconhecendo o duplo caráter jurídico da Lei 13.491/17, Jorge César de Assis³ assevera que a lei tem caráter misto, híbrido por assim dizer. Esse caráter também é identificado por Fernando Galvão⁴ e Cícero Robson Coimbra Neves (NEVES, 2017, p. 25).

² FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar*. Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/AmpliacaoCrimeMilitarFoureaux.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

³ ASSIS, Jorge César de. *A Lei 13.491/17 e a alteração do crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/singlepost/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militarprimeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>>.

⁴ GALVÃO, Fernando Galvão. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7aMilitar>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

A consequência da nova Lei é que, a partir da sua entrada em vigor, os processos em trâmite na Justiça Comum deverão ser remetidos à Justiça Militar, havendo de se reconhecer o caráter mais benéfico da norma se os delitos foram praticados em data anterior à vigência da novel Lei. Nesse ponto, a doutrina se divide quanto ao processo continuar tramitando na Justiça Comum ou ser remetido à Justiça Castrense quando se tratar de situação mais gravosa ao réu, mas, em ambas as hipóteses, garantida a irretroatividade da lei penal.

Nessa linha, em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.682.508/RJ – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 21.02.18, decidiu que, nos crimes de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, CP) cometidos antes da entrada em vigor da Lei 13.491/17, o processamento deve se dar perante a Justiça Militar Estadual.

3 O CRIME MILITAR APÓS A LEI 13.491/17

A existência do crime militar ao longo de nossa história criminal e constitucional sempre conviveu com o crime comum, ambos previstos em legislações distintas desde o Brasil Império. Em que pese essa distinção criminal, há discussões infundáveis até hoje entre os operadores de direito.

Abordando essa antiga discussão sobre o crime militar versus crime comum, José Cretella Junior, espelhando a complexidade do tema, registra que desde 1858 tal assunto já era discutido pelo nosso Conselho de Estado (1993, v. 6, pp. 3176, 3257-3264). Referido autor, demonstrando que a construção do conceito de crime militar não é tarefa simples, analisa diversos critérios, a saber:

- a) critério do autor e vítima;
- b) critério da natureza do crime;
- c) critério do motivo do crime;
- d) critério legal;
- e) critério conjugado da autoria e da natureza da infração;

- f) critério fundado no local do evento, ou *ratione loci*;
- g) critério de estar de serviço. (CRETTELA JR., 1993, pp. 3260-3264)

Essa dificuldade no estabelecimento do que seja crime militar se agrava ainda mais quando examinadas as atividades realizadas pelos policiais militares ou militares estaduais. Tal realidade fez com que Júlio Fabbrini Mirabete desabafasse: “árdua, por vezes, é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares” (MIRABETE, 1989, p. 137).

Como demonstra Célio Lobão, o socorro ao direito comparado para se chegar a um conceito de crime militar também é dificultoso, vez que cada autor leva em consideração a legislação do correspondente país, daí que, conforme lição de Pietro Vico, in *Diritto Penale Militare*, “a lei penal militar não deve conter a definição científica do crime militar, não só por ser incompatível com o fim prático da lei, como também, por gerar perplexidade na interpretação” (LOBÃO, 2006, p. 66).

Na lição de Jorge Alberto Romeiro, crime militar é o que a lei define como tal (ROMEIRO, 1994, p. 66), enquanto para Jorge César de Assis, citando Ivo D’Aquino, o critério de definição é o *ratione legis* (ASSIS, 2004, p. 38).

Com o advento da Lei 13.491/17, o critério *ex vi legis* continuou prestigiado, todavia, reconhecemos agora o acréscimo de uma nova categoria de crimes militares que denominamos crimes militares por extensão (ROTH, 2017, pp. 29-36), que são os crimes da legislação comum (Código Penal e Leis extravagantes), quando preencherem uma das condições do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar. Referida denominação de nossa parte recebeu abono de Jorge César de Assis.⁵

⁵ ASSIS, Jorge César de. *A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações*. Observatório da Justiça Militar – TJM/MG. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-ea-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

3.1 Da Segurança Jurídica para Definição do Crime Militar

Em que pese a tormentosa tarefa de se definir o que seja crime militar, é inafastável o critério *ex vi legis*, ou seja, o critério legal, que por ser um critério objetivo reduz a possibilidade de confusão entre crime militar e crime comum.

Como já dissemos outrora, “a caracterização do crime militar não depende da motivação da conduta do agente, bastando, apenas, por imposição legal, o preenchimento de requisitos objetivos no caso concreto (circunstâncias taxativamente descritas pelo legislador quando o agente pratica o crime, como estar na ativa quando o crime é praticado contra outro militar na mesma situação; ser praticado por militar da ativa no interior do quartel; estar de serviço etc.; e o fato delituoso estar tipificado na Lei Penal Militar)”.⁶ Daí que para se rotular o crime como de natureza militar há necessidade de o tipo penal – previsto no CPM e agora também aqueles previstos em legislação penal comum (Lei 13.491/17) –, estar subsumido a uma das hipóteses contidas no artigo 9º, inciso II, do CPM. Só assim, poder-se-á falar em caracterização do crime militar de competência exclusiva da Justiça Militar.

Nessa linha, já decidiu o STF, ao cuidar de crime de roubo e sequestro que:

O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, ‘tout court’. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz.⁷

⁶ ROTH, Ronaldo João. A inexistência da motivação para a caracterização do crime militar – um estudo da jurisprudência. In “Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência do TJM/SP”, Coordenada por Orlando Eduardo Geraldi e Ronaldo João Roth. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de SP, p. 181-211.

⁷ STF – 2ª T. – HC nº 110.185/SP – Rel. Min. Celso de Mello – J. 14.05.13

Oportuno registrar, ainda, que para caracterização do crime militar hão de ser preenchidos exclusivamente os pressupostos objetivos da Lei (CPM), não sendo pertinente a exigência de critérios subjetivos, como a motivação e o interesse militar, pois estes já suplantados no tipo penal (tipicidade direta) e nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM (tipicidade indireta), critérios esses que dão segurança jurídica na aplicação da lei⁸.

Dessa forma, pelo critério objetivo da lei, não há de se confundir crime militar com crime comum, como também não há de se confundir crime político com crime eleitoral, lembrando que a exigência de motivação do crime recai tão somente ao crime político.

Esse raciocínio, conforme outrora defendemos (ROTH, 2012, pp. 181-211) se confirma, pois,

para corroborar o afirmado, veja que dentre os crimes político, eleitoral, de responsabilidade, militar e comum, apenas para o primeiro o ordenamento jurídico positivo estabeleceu a exigência de motivação, senão, vejamos: o crime político é aquele definido na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), o qual, expressamente exige motivação do agente para sua caracterização quando o tipo penal estiver previsto em outra legislação penal (art. 12).

Nesse sentido,

já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal que, para configuração do crime político, previsto no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 7.170/83, é necessário, além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83. Precedente: RCR 1.468-RJ, Acórdão do Min. Maurício Corrêa, Plenário, 23.3.2000” (RC 1470/PR – Paraná – Recurso Criminal – Relator Min. Carlos Velloso – J. 12/03/2002 – 2ª Turma – DJ. 19-04-2002).

⁸ Vale a advertência Marco Túlio Cícero, de longaeva, e com inteira aplicação na atualidade: Sejamos escravos da lei para que possamos ser livres (*legibus omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*) (*De Legibus*, I).

Se não observados, portanto, os critérios legais para definição de crime militar, abalada ficaria a segurança jurídica com ilimitada oscilação da jurisprudência que, como demonstrado em nosso mencionado artigo, sempre prestigiou os critérios exclusivamente objetivos do direito positivo, para caracterização do crime militar, subordinando-se, assim, ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), que vigora no Estado Democrático de Direito.

Não se deve descurar que o crime militar não se confunde com o crime do militar, pois, além do crime militar, pode o militar também praticar crime comum e crime eleitoral. Crime militar, portanto, é aquele definido no CPM nas taxativas hipóteses nele contempladas. Daí, por questão de segurança jurídica, distingue-se do crime comum.

Como lembra Celso Lafer, ao citar Teóphilo Cavalcanti Filho em pioneiro livro de 1964, “um direito incerto é também um direito injusto”⁹. E complementa no artigo sobre “Incerteza Jurídica”, dizendo que:

É o nexo incerto/injusto que faz da segurança jurídica um valor de primeira grandeza em qualquer ordenamento democrático. Essa norma-princípio é o pressuposto para a eficácia da ordem de princípios – dos muitos princípios que permeiam a Constituição de 1988. São requisitos da segurança jurídica, na lição de Ávila, a efetivação dos ideais da cognoscibilidade do Direito, que enseja a sua calculabilidade, a qual, por sua vez, assegura a sua confiabilidade. (...) O Direito, na sua aplicação, não é um dado que comporte apenas uma interpretação. É um construído pela experiência jurídica, mas essa construção não é a de um “direito livre” que se revela, com autonomia, pelas estruturas argumentativas no processo decisório conduzido no Judiciário. Existem parâmetros para a latitude e o escopo da interpretação. São os provenientes do Direito posto e positivado, a lei, da qual provém a dogmática jurídica. (...).¹⁰

⁹ LAFER, Celso. Incerteza Jurídica. São Paulo: Jornal “O Estado de São Paulo”, de 18.03.18, p. A2 e disponível: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,incerteza-juridica,70002231774>>.

¹⁰ *Ibidem*.

Bem por isso, reconhecer o crime militar e diferenciá-lo do crime comum é a tarefa que concretiza a segurança jurídica, a qual diariamente realiza o Poder Judiciário por meio da Justiça Castrense e da Justiça Comum, e o Poder Executivo por meio da Polícia Judiciária Militar e da Polícia Judiciária Comum, tendo como norte as balizas delimitadoras ditadas pelo Poder Legislativo, por meio da Lei.

Assim, o critério que permitirá a equação precisa para o reconhecimento do crime militar é o critério legal estatuído pelo Código Penal Militar. Em decorrência deste, a tradicional divisão doutrinária do crime militar pode ser estabelecida da seguinte forma: o crime militar próprio é aquele previsto exclusivamente naquele *Codex*, enquanto o crime militar impróprio é aquele previsto, com igual definição, no Código Penal Comum e no Código Penal Militar.

3.2 A nova classificação do Crime Militar em face da Lei 13.491/17

Com a edição da Lei 13.491/17, a doutrina passou a analisar a nova categoria de crimes militares contida na expressão “os previstos na legislação penal” conforme redação do inciso II do art. 9º do CPM: “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...]”.¹¹

O legislador, ao alterar o artigo 9º do CPM, teve a inequívoca intenção de incluir no rol de crimes militares os crimes previstos na legislação penal comum (Código Penal e leis extravagantes) praticados pelo militar da ativa (inciso II do art. 9º, CPM) e pelo militar da reserva e/ou reformado, ou civil (inciso III do art. 9º, CPM), conforme as circunstâncias previstas nas alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

O legislador, ao alterar o artigo 9º do CPM, teve a inequívoca intenção de incluir no rol de crimes militares os crimes previstos na legislação penal comum (Código Penal e leis extravagantes) praticados pelo militar da ativa (inciso II do art. 9º, CPM) e pelo militar da reserva e/ou reformado,

¹¹ (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017).

ou civil (inciso III do art. 9º, CPM), conforme as circunstâncias previstas nas alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

Essa nova categoria de crimes militares, instituída pela Lei 13.491/17, constitui-se, como já dissemos, nos crimes militares por extensão, a qual, sem alterar a tradicional divisão dos crimes militares existente antes do advento da referida Lei – consistente nos crimes militares próprios (exclusivamente previstos no CPM) e os crimes militares impróprios (previstos com igual definição no Código Penal Comum e no Código Penal Militar) –, passa a conviver doutrinariamente para o melhor estudo do crime militar.

A manutenção, a nosso ver, dessa tríplice classificação do crime militar diante do advento da novel lei permitirá atingir com mais precisão a segurança jurídica desejada, pois, no exame dos rígidos critérios do artigo 9º, inciso II, do CPM, se alcançará a distinção do crime militar em relação ao crime comum.

Destarte, a nova lei traz a possibilidade de outros tipos penais – estranhos aos CPM – serem de competência da JMU e da JME, porquanto se considerão crimes militares se praticados nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, como, por exemplo, aqueles previstos na legislação comum se praticados em serviço ou em razão da função (art. 9º, II, alínea “c”, CPM) ou se praticados no interior de local sob administração militar (art. 9º, II, alínea “b”, CPM), tais quais: o crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65); os crimes de tortura (Lei 9.455/97), os crimes ambientais (arts. 29/69-A da Lei 9.605/98); os crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03, arts. 12/21); os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, arts. 228/244-B); os crimes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03, arts. 95/110); o crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 2º); os crimes de trânsito (Lei 9.503/97) etc.; bem como os delitos do Código Penal Comum não previstos no CPM, como, por exemplo: tráfico de pessoas (art. 149-A); receptação de animal (art. 180-A); assédio sexual (art. 216-A); associação criminosa (art. 288); constituição de milícia privada (art. 288-A); estupro de vulnerável (art. 217-A); inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); modificação ou alteração não autorizada no sistema de informações (art. 313-B); fraude processual (art. 347) etc.

Agora, até mesmo o delito de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, CP), não previsto no CPM, se praticado entre militares, será um crime de natureza militar por força da nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM, que engloba também os crimes previstos na legislação comum, conjugando-se com a alínea “a” do citado dispositivo penal, e, portanto, de competência da JMU ou da JME, conforme o jurisdicionado.

Em relação ao crime militar de tráfico de entorpecente, cujo tipo penal previsto no art. 290 do CPM vincula sua prática ao lugar sob administração militar, algumas condutas nele não tipificadas como “importar” e “exportar”, mas previstos no art. 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), se praticados numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM serão considerados crimes militares, bem como todas as outras condutas típicas previstas naquela Lei de Drogas quando estas sejam praticadas durante o serviço ou em razão da função (art. 9º, inciso II, alínea “c”, CPM). Nestes casos, o agente será submetido à pena de 5 a 15 anos de reclusão – prevista na citada legislação comum –, bem superior àquela prevista para outras modalidades de tráfico de entorpecentes previstas no CPM (1 a 5 anos de reclusão).

Os exemplos acima já nos revelam a dimensão do quanto a competência das Justiças Militares – da União (JMU) e dos Estados (JME) – foi ampliada, de forma que, agora, as instituições militares por seus mecanismos de prevenção e repressão ao crime, em especial de seus integrantes, serão mais atuantes na repressão dos crimes militares, pois se o militar vier a praticar crime militar – não só os já previstos no CPM, mas também os crimes militares por extensão – será incumbência da Polícia Judiciária Militar (PJM – arts. 7º e 8º do Código de Processo Penal Militar – CPPM), por meio do Inquérito Policial Militar (IPM – art. 9º a 28 CPPM) ou do Auto de Prisão em Flagrante Delito Militar (APFD – art. 243 a 251, CPPM), reprimir o crime exercendo a persecução penal, na fase da polícia, correspondentemente, tudo com amparo constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*).

Frise-se, mais uma vez, que quaisquer dos crimes acima só serão considerados crimes militares por extensão se, e somente se, preenchidas uma das circunstâncias do artigo 9º, inciso II, alíneas “a, b, c, d ou e”, do

CPM, caso contrário continuarão considerados crimes comuns. Exemplo: Se um menor de 14 anos for obrigado a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso (art. 217-A, CP) por ação de um militar, em hora de folga e fora do quartel, tratar-se-á de crime comum; se houver uma pesca, em período de defeso, por um militar de folga e fora de local sob administração militar (art. 34 da Lei 9.605/98) será um crime comum.

Em consequência, é de se reconhecer, também, que algumas das novas figuras de crime militar (crimes militares por extensão) são consideradas crimes hediondos na forma da Lei 8.072/90, logo, teremos, ainda que de forma diminuta, em alguns poucos crimes militares por extensão, uma subcategoria de crimes militares hediondos, desde que praticadas numa das hipóteses do art. 9º, inciso II, do CPM, tais como estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), favorecimento a prostituição (art. 218-B, caput, §§ 1º e 2º) etc., o que implicará e possibilitará uma série de efeitos penais e processuais, dentre eles o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, a progressão do regime prisional mais severa, prisão temporária com prazo de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias etc.

3.3 A tipicidade complementar ou indireta dos Crimes Militares por extensão

Aqui duas situações devem ser distinguidas diante da nova redação do art. 9º, inciso II, do CPM, que reza: “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados [...]”. A primeira, relativa aos crimes impropriamente militares, pois diz respeito aos crimes militares previstos no Código Penal Militar e previstos com igual definição no Código Penal Comum, como ocorre com o homicídio, furto, roubo, peculato etc. A segunda, relativa aos crimes militares por extensão decorrente da inovação da Lei 13.491/17, que estendeu como crime militar todos os crimes do Código Penal não previstos no CPM, bem como todos os delitos da legislação penal extravagante (lei de abuso de autoridade, lei de tortura, lei de crimes ambientais, lei do crime organizado etc.).

Nessa esteira, aproveitando a lição de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (NEVES; STREIFINGER, 2014, pp. 244-245), os quais citam a posição de Mirabete ao tratar dos crimes impropriamente militares no sentido de que estes se caracterizam diante da tipicidade direta (tipo penal) mais a tipicidade indireta (uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM), podemos afirmar que não só os crimes impropriamente militares, mas também a inovação que denominamos crimes militares por extensão, por conta da nova redação trazida pela Lei 13.491/17, passam a ter o mesmo tratamento quanto à necessidade de preencher a tipicidade complementar para sua configuração.

Nesse passo, questão que agora surge é a necessidade de subsunção dos crimes previstos na legislação comum (Código Penal e legislação extravagante) não previstos na Parte Especial do CPM (crimes militares por extensão) com situação peculiar de ausência de objeto material nos crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio, além de outros delitos cujos bens jurídicos tutelados por esses novos crimes considerados de natureza militar albergam a proteção de valores sociais não previstos no CPM, tais como a paz pública, o meio ambiente, os crimes automobilísticos etc.

Como enfrentar essa nova realidade? Como resposta, valemo-nos, aqui, da lição de Cícero Robson Coimbra Neves ao cuidar do bem jurídico tutelado nos “Crimes militares contra a Administração Militar como antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro”, o qual destaca a inafastável presença da hierarquia e disciplina militares nos crimes militares, de forma que o bem jurídico tutelado permitirá a existência do bem jurídico composto, onde, direta ou indiretamente, haverá a tutela da hierarquia e disciplina militares, “como ocorre, por exemplo, com o tipo penal do art. 205 do CPM, sob a rubrica ‘homicídio’, que tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida humana, porém não se afasta de uma tutela imediata da manutenção da regularidade das instituições militares” (NEVES, 2011, p. 555).

A técnica adotada pelo legislador castrense para definir crime militar foi estabelecer o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime, nas condições estabelecidas no artigo 9º, inciso II, do CPM, tais como: crime praticado por

militar da ativa; fato praticado em local sob administração militar; o militar estar de serviço ou agindo em razão da função; ou o fato ser praticado contra patrimônio sob administração militar ou a ordem administrativa militar.

A fundamentação que nos interessa destacar é aquela referente à alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, vez que esta, cuidando de critério *ratione materiae*, na lição de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 325), “não poderá ter como sujeito passivo uma pessoa natural”, o que albergará, doravante, os crimes militares por extensão cuja ausência de objeto material não recaia sobre pessoa ou coisa, como no caso em que o bem jurídico penal tutelado é a paz pública, o meio ambiente etc.

Renomados autores (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 325) ainda sustentam que, na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, deve-se entender por ordem administrativa militar “a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. Assim, delitos contra a ordem administrativa militar são as infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”, citando em nota de rodapé o posicionamento, no mesmo sentido, de Célio Lobão (LOBÃO, 2004, p. 110), o qual se refere ao julgado do STF do HC 39.412 (RTJ, 24/39).

Em decorrência dessa premissa, quando nos crimes militares por extensão, que são os crimes comuns tornados militares em face de uma das circunstâncias do inciso II do art. 9º do CPM, o sujeito passivo não for pessoa natural, como, por exemplo, a paz pública nos crimes de associação criminosa (art. 288, CP), organização criminosa (Lei 12.850/13), a regularidade da atuação do serviço público e a proteção às garantias constitucionais no crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65), a tipicidade complementar ou indireta desses novos crimes encontrarão subsunção na hipótese da alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM.

Tal raciocínio decorre do fato de que, se o crime é praticado por militar da ativa, a nosso ver, o fato de o militar se desviar de sua função ou atividade proba para a prática de crimes, e assim violar os valores militares contemplados

na legislação castrense, deixando de cumprir o seu dever de ofício no combate ao crime, sua conduta torna-se penalmente relevante, e esse desvio de comportamento naturalmente fere a ordem administrativa militar, tipicidade esta indireta e que acaba englobando muitos dos crimes militares por extensão, se outras alíneas do referido inciso II do art. 9º do CPM não subsumirem a conduta examinada do militar.

Note-se que alguns crimes militares por extensão terão a tipicidade complementar ou indireta naturalmente abrigada em outra alínea do inciso II do artigo 9º, que não seja a alínea “e”, quando existir vítima natural, tais como, por exemplo: a alínea “a”, no crime de assédio sexual (art. 216-A, CP); a alínea “b”, na prática do crime de tortura de um civil no quartel (Lei 9.455/97); a alínea “c”, na omissão de socorro de um civil no atendimento de uma ocorrência (art. 135, CP); e na alínea “d”, no estupro de vulnerável quando do período de manobras ou exercício (art. 217- A, CP).

Outra consequência decorrente do enquadramento na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM nos crimes militares por extensão é o fato de essa condição definir a competência singular do órgão julgador nos termos do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, situação essa que concerne tão somente à primeira instância da Justiça Militar Estadual.

Tal ocorre, como bem sustentam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (NEVES; STREIFINGER, 2014, pp. 325-326), quando do enquadramento nos crimes contra a Administração Militar, apontando que tais delitos se fundamentam na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, como, por exemplo, no delito de concussão (art. 305, CPM). Nesses casos, no âmbito da JME, a competência será colegiada e não do Juízo Singular¹² (ROTH, 2011, p. 737), posição essa, aliás, que acabou sendo acolhida pela jurisprudência pacífica do TJM/SP.

Outro efeito relevante que nos parece também resultar da Lei 13.491/17 ocorre nos crimes cuja objetividade jurídica for a Administração

¹² ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a Reforma que depende agora dos operadores do Direito. São Paulo: RT. p. 853-458

Pública, que doravante deverá amoldar-se ao mesmo tratamento dado aos delitos praticados contra a Administração Militar, portanto, com tipicidade indireta na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM. Nesse sentido, oportuna a lição de Fernando Galvão: “o novo crime militar de licitação, previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, ofende a proibidade das contratações realizadas pela Administração Pública militar”.¹³

4 O REFLEXO PENAL DA LEI 13.491/17, A SISTEMÁTICA DAS PENAS DO CPM EM FACE DOS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO E A AÇÃO PENAL

Vários outros reflexos penais decorrem da novel Lei 13.491/17, todavia aqui enfocaremos apenas alguns sem a pretensão de esgotar a matéria.

Questão da mais alta envergadura refere-se às penas dos crimes previstos na legislação penal comum (Código Penal e legislação extravagante) e que não se compatibilizam com as penas previstas na Parte Geral do CPM (art. 55).

De se registrar que, no nosso ordenamento jurídico, o Código Penal Militar é independente do Código Penal Comum e a legislação extravagante comum é especial em relação a este último, de forma que, nos crimes militares por extensão, cabível a analogia da norma existente no artigo 12 do CP: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Ora, como é sabido, não há crime sem pena, consoante o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* expresso no art. 1º do CPM: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”. Em face disso, defendemos que a analogia in bonam partem (ROMEIRO,

¹³ GALVÃO, Fernando. Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. TJM/MG: Observatório da Justiça Militar. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Incompreens%C3%A3o-sobre-o-bem-jur%C3%ADdico-tuteladonos-crimes-militares>>.

1994, pp. 23-24) deve nortear a solução de afastar as penas incompatíveis dos crimes militares por extensão com as penas previstas na Parte Geral do CPM, tomando como base a mencionada norma do art. 12 do CP.

Em decorrência, diante da situação inédita de transformação do crime comum em crime militar (Lei 13.491/17), devemos distinguir o que é aproveitável ao crime militar pelo exame de compatibilidade com a disciplina da Parte Geral do CPM, de forma que a Parte Geral do Código Penal Castrense se tornou especial em relação à Parte Geral do CP comum, devendo, pois, aquela prevalecer sobre esta. Essa posição também é defendida por Cícero Robson Coimbra Neves ao tratar da prescrição (NEVES, 2017, p. 27).

Aliás, socorre este raciocínio, diante do conflito de normas, a solução pela aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), o qual, pela lição de Fernando Capez é aquele cujo conceito de norma especial significa:

especial é a norma que possui todos os elementos da geral e mais alguns, denominados especializantes, que trazem um *minus* ou um *plus* de severidade. É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciasse da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato se enquadra naquela que tem o algo a mais. O infanticídio tem tudo o que o homicídio tem, e mais alguns elementos especializantes: a vítima não pode ser qualquer “alguém”, mas o próprio filho da autora + o momento do crime deve se dar durante o parto ou logo após + a autora deve estar sob influência do estado puerperal. (...) Consequência: a lei especial prevalece sobre a geral, a qual deixa de incidir sobre aquela hipótese. (CAPEZ, 2007, p. 69)

Assim, as penas principais no CPM (art. 55: a) morte; b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma) não são compatíveis com as penas dos crimes militares por extensão (crimes comuns transformados em crimes

militares pela Lei 13.491/17) em relação à pena restritiva de direitos (art. 44, CP), pena de advertência (art. 28, Lei 13.343/06), pena de perda do cargo, função ou emprego e interdição para seu exercício (art. 1º, § 5º, Lei 9455/97) e pena administrativa ou civil (art. 6º, Lei 4.898/65).

A inovação trazida pela Lei 13.491/17 alcançou a transformação dos crimes da legislação penal comum em crime militar quando preenchido uma das condições do artigo 9º, inciso II, do CPM, sem, contudo, tratar das penas. Logo, há de se enfrentar a questão da compatibilidade e incompatibilidade de penas dos dois ordenamentos jurídicos, que possuem Parte Geral própria nos respectivos Códigos Penais: o militar (CPM) e o comum (CP), bem como a legislação extravagante.

Destarte, desde a edição da Lei 13.491/17, as infrações penais da legislação penal comum praticadas pelo agente militar numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM se converteram em crimes militares por extensão. Logo, sofrerão a incidência do regramento da Parte Geral do CPM naquilo que forem compatíveis (ex: penas de reclusão e detenção etc.), visto que inadmissível a combinação de leis.

Nesse caso, a solução que alvitramos é o não aproveitamento, por incompatibilidade com a Parte Geral do CPM, das penas nos crimes militares por extensão.

Esse nosso raciocínio tem como base a vedação disposta no art. 12 do CP, que reza que as regras da Parte Geral do CP comum não se aplicam a fatos incriminados por lei especial se esta dispuser de modo diverso. Assim, se o CPM – lei especial – não prevê aquelas penas acima mencionadas, deverão elas ser ignoradas na aplicação da lei penal militar nos crimes militares por extensão, sob pena de incidir no hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico, o qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu não ser possível:

Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou

de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um “hibridismo” incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (STF, 1ª T., HC 86.854/SP, Rel. Min. Carlos Britto, J. 14.03.06).

Em consequência, dever-se-ão aplicar, então, como penas, somente aquelas previstas no art. 55 do CPM, bem como as demais disposições da Parte Geral do CPM, já que a nova lei importou à legislação castrense apenas os crimes da legislação penal comum, de modo que, na incidência de um tipo penal da lei comum com pena não compatível com o CPM, poderá o juiz reconhecer, excepcionalmente, ser o caso de isenção de pena, diante do princípio da estrita legalidade que marca o Direito Penal.

Outra incompatibilidade da Parte Geral do CPM em relação ao CP diz respeito à natureza da ação penal, pois o Código Penal Castrense prevê que todas as ações penais militares são públicas incondicionadas (art. 121), ressalvadas as exceções do art. 122 do CPM. Entendemos que as ações penais de crimes militares por extensão serão de natureza pública incondicionada, a teor do citado art. 121 do CPM. Também comunga deste entendimento Cícero Robson Coimbra Neves (NEVES, 2017, p. 27).

Também inconciliável é a previsão da prescrição mínima que no CPM é de 2 anos (125, VII, CPM), enquanto no CP é de 3 anos (art. 109, VI, CP). Igualmente, nesse caso, pelos mesmos argumentos jurídicos já elencados, vislumbramos que a regra a ser aplicada deverá ser exclusivamente a do CPM e não do CP. Da mesma forma, o CP extinguiu a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia diante da existência de pena transitada em julgado (Lei 12.234/00), o que não ocorreu no CPM, prevalecendo, nesse caso, a regra do CPM.

Importante destacar, outrossim, que a vedação da incidência dos benefícios da Lei 9.099/95 (art. 90-A) no âmbito da Justiça Militar (crimes propriamente e impropriamente militares previstos no CPM) agora se estende também aos crimes militares por extensão.

4.1 O tratamento do crime de homicídio doloso contra a vida de civil diante da Lei 13.491/17

O tratamento dos crimes dolosos contra a vida de civil quando praticados por militares ficou disciplinado de modo distinto no artigo 9º do CPM (tipicidade complementar), tendo o legislador disciplinado no § 1º aquele crime quando praticado por militares estaduais, e no § 2º quando praticados por militares das Forças Armadas.

Não há nenhuma dúvida de que o crime de homicídio doloso praticado contra civil continua sendo um crime militar, pois, do contrário, não estaria discriminado nos §§ 1º e 2º do artigo 9º do CPM, como ocorreu com a Lei 9.299/96 (ao inserir o parágrafo único no art. 9º do CPM, ora revogado pela Lei 13.491/17), e isso autoriza a Polícia Judiciária Militar a realizar a sua repressão nos termos do artigo 144, § 4º, *in fine*, da CF, seja por meio do auto de prisão em flagrante delito (APFD), seja por meio do inquérito policial militar (IPM), nos termos dos artigos 8º, alínea “a”, 9º e 245, dentre outros, do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Quando do advento da Lei 9.299/96, tivemos a oportunidade de abordar a questão (ROTH, 2010, p. 39) defendendo que, muito embora tenha havido a mudança da competência para processo e julgamento do crime de homicídio doloso contra civil, passando-a para o Júri, por parte da Constituição Federal e pela referida Lei, o crime, ontologicamente, continua sendo militar.

Aliás, com a maestria de sempre, o jurista Jorge César de Assis, ao abordar os reflexos da Lei 9.299/96 e da Emenda Constitucional nº 45/04, leciona que “a Emenda constitucionalizou o deslocamento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, porém em nenhum momento retirou-lhes a natureza de crime militar” (ASSIS, 2013, p. 171).

No mesmo sentido, Sylvia Helena Ono se posiciona:

O advento da Lei 9.299/96, posteriormente constitucionalizada pela EC nº 45/2004, em nada alterou a natureza do crime militar de homicídio doloso contra civil praticado por policiais militares, porquanto a alteração legislativa ter operado somente a transferência da competência de seu processo e julgamento para o Tribunal do Júri. (ONO, 2012, pp. 277-298)

De forma pioneira, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM/SP) decidiu, por meio da ADI 001/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 03.12.10, que o crime de homicídio doloso contra civil quando praticado por militar de serviço é um crime militar, julgado este que norteou toda a pacífica jurisprudência sobre a matéria até hoje naquela Corte Militar Paulista.

Note-se, portanto, que, ao tratar dos crimes dolosos contra vida de civil, o legislador ressaltou a competência do júri quando tais delitos forem praticados por militar estadual, ou por militar federal fora do contexto das missões das Forças Armadas, situação essa que já era objeto da Lei 9.299/96 e posteriormente foi constitucionalmente tratada na EC 45/04 (alterando a redação do § 4º do art. 125, CF).

A nova regra do art. 9º, § 2º, do CPM, portanto, incide somente sobre os militares das Forças Armadas quando estejam em missão constitucional ou legal, de forma que, ao praticarem não só o homicídio doloso contra a vida de civil, mas também qualquer outro crime contra vida de civil, a competência para conhecer do fato é da JMU e não do Júri, excluída, nesses crimes, a JME (art. 125, § 4º, CF).

Por conta dessa mudança de competência que, como vimos, é autorizada pela Constituição Federal, houve pela recente Lei a revogação do que dispunha o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM, criado pela Lei 9.299/96.

Importante destacar, outrossim, que, na medida em que o legislador fixou a competência da JMU para os crimes dolosos contra a vida de civil, a Lei 13.491/17 passou a considerar que todos os delitos de competência do Júri

(art. 5º, XVIII, alínea “d”, CF) e previstos no Capítulo I do Título I do Código Penal Comum (homicídio doloso – art. 121; induzimento, instigação e auxílio ao suicídio – art. 122; infanticídio – art. 123; aborto nas diversas formas – arts. 124/126) são considerados crimes militares, logicamente desde que, e somente se, tais crimes forem praticados no contexto das atribuições militares previstas no § 2º do art. 9º do CPM, caso contrário, serão crimes comuns.

Assim, por exemplo, um aborto praticado no Hospital Militar, por gestante militar (art. 124, CP), continuará a ser um crime comum, por força da norma do § 1º do art. 9º do CPM, vez que não praticado no contexto daquelas atribuições legais descritas no § 2º do art. 9º do CPM. Todavia, um aborto (arts. 124/126, CP) ou um induzimento a suicídio contra civil (art. 122, CP) praticados no contexto daquelas referidas atribuições militares, em ambas as hipóteses, haverá crime militar.

5 O REFLEXO PROCESSUAL PENAL DA LEI 13.491/17

Afora a imediata competência da Justiça Militar sobre os crimes militares por extensão implicando a remessa dos processos pendentes na Justiça Comum, outras consequências vislumbramos, sob esse aspecto, tais como o rito procedimental desses crimes militares (que antes eram exclusivamente comuns) diante do que dispõe o CPPM, bem como, no âmbito da JME, sobre a competência dos órgãos jurisdicionais de 1ª instância (art. 125, § 5º, CF).

Em relação ao rito procedimental, o CPPM dispõe de dois tipos de procedimento: o ordinário e o especial, diferentemente do que dispõe o Código de Processo Penal (CPP), que prevê o procedimento ordinário, sumário, sumaríssimo e especial. Entendemos que, a partir do advento da Lei 13.491/17, os crimes militares por extensão devam ter um único rito procedimental, que é o ordinário (Livro II, Título I, do CPPM), em razão do princípio da especialidade.

Note-se que a disciplina do CPPM assegura maior ampla defesa aos réus contemplando o rito procedimental único (ordinário), daí porque

também para os crimes militares por extensão é o rito de melhor adequação em face do Juízo Colegiado de 1ª instância na Justiça Castrense.

Por outro lado, com o advento da EC nº 45/04 dividindo o Juízo de 1ª instância em dois órgãos (Juízo Singular e Juízo Colegiado), haverá de se seguir a diretriz constitucional no sentido de que exclusivamente os crimes com vítima civil são da competência do Juiz Singular, enquanto os demais do Juízo Colegiado (art. 125, § 5º, da CF).

5.1 Atuação da Polícia Judiciária Militar diante dos Crimes Militares por extensão

Indiscutível que as atribuições para apuração do crime militar devam ocorrer exclusivamente por parte da Polícia Judiciária Militar, vez que há comando constitucional expresso e específico nesse sentido (art. 144, § 4º, *in fine*, CF).

As atribuições da Polícia Judiciária Militar vêm previstas e fundamentadas no CPPM, onde são definidas as autoridades originárias (art. 7º), as autoridades delegadas (art. 10, § 2º), as atividades que lhes competem (art. 8º), sendo o inquérito policial militar (art. 9º), o auto de prisão em flagrante delito (art. 245) (ROTH, 2015, pp. 238-299), a instrução provisória de deserção (art. 451) e a instrução provisória de insubmissão (art. 463) os instrumentos legais para tal mister.

De se destacar que é incidente o princípio da hierarquia dentre os Delegados de Polícia Judiciária Militar (autoridade originária e autoridade delegada), de forma que o sistema de PJM estabelece que, no âmbito da caserna, compete ao Comandante a decisão sobre as medidas persecutórias penais militares, e se este não praticar os referidos atos pessoalmente poderá delegá-los a Oficial da ativa subordinado (art. 7º, CPPM), todavia, na ausência do Comandante, as medidas processuais adotadas pelo Oficial de Serviço deverão sofrer a chancela do Comandante para perfeição daqueles atos, como, por exemplo, na prisão em flagrante delito. (ROTH, 2015, pp. 238-299) (ROTH, 2004, pp. 111-113) (CAGGIANO, 2011, pp. 117-122)

Logo, não concernem à Polícia Judiciária Comum (federal ou civil) as medidas persecutórias penais sobre o crime militar, assim como o contrário também é verdadeiro, ou seja, não cabe a Polícia Judiciária Militar a apuração de crime comum.

Em virtude dessa realidade, de inequívoca separação – constitucional e legal – de atribuições entre a Polícia Judiciária Militar e a Polícia Judiciária Comum, após o advento da Lei 13.491/17, e com base nesta, houve o trancamento de inquérito policial (IP) instaurado por Delegado de Polícia no Estado de São Paulo para apurar crime de abuso de autoridade praticado por policial militar de serviço, por decisão da Justiça Comum¹⁴.

Em decorrência disso, a Polícia Judiciária Militar atuará na repressão de crimes que outrora somente eram apurados pela Polícia Judiciária Comum, ou seja, os crimes comuns correspondentes que doravante serão considerados crimes militares quando preencherem uma das condições do artigo 9º, inciso II, do CPM.

Diante dessa nova situação é de se vislumbrar que os instrumentos de investigação e até as espécies de prisão cautelar ou provisória foram ampliadas para atuação da Polícia Judiciária Militar (PJM).

No que tange aos instrumentos de investigação, além daqueles disciplinados no CPPM, outros mais estão disponíveis no ordenamento jurídico, tais como a colaboração premiada (ROTH, 2004, pp. 73-77), o formal indiciamento no IPM (ROTH, 2004, pp. 175-181) (ROCHA, 2014, pp. 11-14) (AMARAL, 2017, pp. 30-33), a ação controlada, a captação e interceptação ambiental, a infiltração de agentes de investigação (ROTH, 2013, pp. 23-28) etc., a interceptação telefônica (Lei 9.296/96), as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (art. 11 da Lei 11.340/06) etc., mecanismos esses em que a atuação da PJM doravante imporá maior qualificação aos Oficiais das instituições militares que atuarão na condição de Delegados

¹⁴ Comarca de Rio Claro/SP – 3ª Vara Criminal – Habeas Corpus nº 0001267-05.2018.8.26.0510 – Juiz Sérgio Lazzareschi de Mesquita, o qual, em 13.03.18, com base na Lei 13.491/17, trancou o IP nº 0001414-31.2018.8.26.0510, reconhecendo que as atribuições investigatórias são da Polícia Militar.

de Polícia Judiciária Militar, sendo certa a lição de Abelardo Júlio da Rocha e Alexandre Henriques da Costa (ROCHA, 2017, pp. 16-17) no sentido de que:

[...] Consta-se que a atividade de polícia judiciária militar, principalmente, tornou-se mais exigente quanto à qualificação de seus profissionais, os quais, além de terem que conhecer toda a legislação penal vigente no país, devem também conhecer todos os instrumentos processuais prescritos no CPPM e nas demais legislações processuais, sob pena de gerarem efeitos nefastos às Instituições Militares, como a impunidade, por exemplo. Tal impunidade será gerada em face da falta de coleta de provas necessárias, ou sua incompleta formulação, quando da apuração das infrações penais na fase inquisitorial que outrora eram apuradas somente pelas autoridades de polícia judiciária comum, mas que agora serão investigadas no âmbito castrense pelos Comandantes de Unidade e demais autoridade competentes. [...].

Note-se que, dentre os vários crimes que passarão a ser investigados pela PJM por força da Lei 13.491/17, encontra-se o delito de crime organizado (Lei 12.850/13), cuja disciplina legal permite um amplo e moderno aparato de instrumentos de investigação, tema esse que já havíamos defendido anteriormente quando da nova lei do crime organizado, no sentido de que a PJM está apta a utilizar as modernas ferramentas de investigação para os crimes militares quando estes forem praticados em conexão com aquele crime (Lei 12.850/13) (ROTH, 2012, pp. 441-481).

Em relação à nova espécie de prisão provisória ou cautelar, decorrente dos efeitos da Lei 13.491/17, resulta agora para a PJM a possibilidade de pleitear junto à Justiça Militar a aplicação da prisão temporária (Lei 7.960/89) aos crimes militares por extensão, os quais contemplam: homicídio doloso, sequestro, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, associação criminosa, tráfico de drogas, entre outros, prisão esta que já vinha sendo

empregada frequentemente nos crimes de homicídio doloso contra civis conforme pacífica jurisprudência do TJM/SP¹⁵.

Como se vê, vários são os efeitos decorrentes da Lei 13.491/17, tanto no âmbito penal como no processual penal militares.

6 CONCLUSÃO

A Lei 13.491/17 é o marco para o engrandecimento da seara penal militar, pois, ao tornar crimes de natureza militar os tipos penais da legislação penal comum – instituindo, a nosso ver, a categoria dos crimes militares por extensão –, aliviou da Polícia Judiciária Comum significativo número de infrações penais por ela investigadas, bem como diminuiu da Justiça Comum o peso dos processos-crime dessa categoria que por ali tramitavam, e, por conseguinte, elevou o número de atividades e o volume de trabalho da Polícia Judiciária Militar e da Justiça Militar.

Referida lei, com sua inequívoca dupla natureza jurídica, trouxe inúmeros reflexos no âmbito penal e processual penal militar. Demais disso, por força do princípio da especialidade tornou o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar especiais em relação aos congêneres Código Penal Comum e Código de Processo Penal Comum nas hipóteses dos crimes militares por extensão.

Importante destacar, outrossim, que no crime militar impróprio e no crime militar por extensão não há exigência de motivação para sua caracterização, mas tão somente o preenchimento das condições objetivas do art. 9º, inciso II, do CPM, que é a tipicidade complementar necessária à definição do crime militar, critério esse suficiente e seguro para se alcançar a segurança jurídica e se distinguir aquele do crime comum.

¹⁵ TJM/SP: 1ª Câm. Habeas Corpus nº 2573/16 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 02.08.16 e 2ª Câm. – Habeas Corpus nº 2587/17 – Rel. Juiz Cel PM Clovis Santinon – J. 27.10.16, dentre muitos outros julgados.

Por derradeiro, de se notar que a Lei 13.491/17, ao instituir os crimes militares por extensão, não tornou todos os crimes praticados por militar em crimes militares, mas somente após o filtro necessário da tipicidade complementar das alíneas do art. 9º, inciso II, do CPM é que se pode, seguramente, definir o crime militar. Tal situação faz lembrar a antiga e sempre atual máxima de que a Justiça Militar existe para conhecer dos crimes militares e não os crimes dos militares.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Fabio do. O indiciamento no IPM – uma medida legal e imprescindível para a persecução penal. Florianópolis: *Revista Direito Militar*, AMAJME, n. 122, jan./fev., 2017.

ASSIS, Jorge César de. *Código Penal Militar Comentado*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2013.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

CAGGIANO, Mônica Hermann Salem; CAPANO, Evandro Fabiano. As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar. In *Direito Militar – Doutrina e Aplicações*, Coordenação: Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth, e Ilton Garcia da Costa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRUZ JUNIOR, Silvio Valois. A constitucionalidade da lei 13.491/17 e da lei 9.299/96 diante da teoria da dupla compatibilidade vertical. Florianópolis: *Revista Direito Militar*. AMAJME, n. 126, set./dez., 2017.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 2004.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1989.

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. Florianópolis: *Revista Direito Militar*, AMAJME, n. 126, set./dez., 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Crimes militares contra a Administração Militar como antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro. In *Direito Militar – Doutrina e Aplicações*, Coordenação: Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth, e Ilton Garcia da Costa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONO, Sylvia Helena. Da natureza militar dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar e da competência do arquivamento do respectivo IPM. Coordenação: Orlando Eduardo Geraldi e Ronaldo João Roth. In *Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência do TJM/SP*. São Paulo: IOESP, 2012.

ROCHA, Abelardo Julio da. Do formal indiciamento no IPM como garantia fundamental. Florianópolis: *Revista Direito Militar*, AMAJME, n. 105, jan./fev., 2014.

ROCHA, Abelardo Julio da; COSTA, Alexandre Henriques da. Novos desafios da Polícia Judiciária Militar em face das modificações introduzidas no CPM pela lei 13.491/17. *Revista Direito Militar*, n. 126, set./dez. 2017.

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

ROTH, Ronaldo João. O crime organizado e a conexão com o crime militar: estruturas e estratégias de combate, por parte do Estado. In *Crime Organizado*. Coord.: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 441-481.

ROTH, Ronaldo João. A inexistência da motivação para a caracterização do crime militar – um estudo da jurisprudência. In *Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência do TJM/SP*, Coordenada por Orlando Eduardo Geraldi e Ronaldo João Roth. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de SP, 2012, pp. 181-211.

ROTH, Ronaldo João. A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar. In *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 111-113.

ROTH, Ronaldo João. Da colaboração premiada na Justiça Militar e do perdão judicial. In *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 73-77.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17). Florianópolis: *Revista Direito*

Militar, AMAJME, n. 126, set./dez., 2017, p. 29-36. Disponível na página da Escola Judiciária Militar do TJM/SP: <<http://www.tjmsp.jus.br/ejmead.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ROTH, Ronaldo João. Garantias constitucionais e processuais dos militares no auto de prisão em flagrante delito militar: a delegação e a homologação, os vícios que invalidam a prisão e a decisão de não prender. Brasília/DF: Revista do *Ministério Público Militar*, n. 25, 2015.

ROTH, Ronaldo João. O indiciamento e a classificação do tipo penal no IPM, in *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 175/181.

ROTH, Ronaldo João. A nova Lei do crime organizado – Lei 12.850/13 – a atuação das instituições militares e da Justiça Militar, e os meios operacionais e legais para atuação da Polícia Judiciária Militar. Florianópolis: *Revista Direito Militar*, AMAJME, n. 104, nov./dez., 2013.

ROTH, Ronaldo João. *Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a Reforma que depende agora dos operadores do Direito*. São Paulo: RT.

ROTH, Ronaldo João. O Princípio constitucional do Juiz Natural, a Justiça Militar Estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei n. 9.299/1996. In *Revista e Estudos & Informações* nº 29, novembro/2010. Belo Horizonte: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

ROTH, Ronaldo João. O Processo Penal Militar. In *Direito Militar – Doutrina e Aplicações*, Coordenação: Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth, e Ilton Garcia da Costa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

Carlos Frederico de Oliveira Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Súmula 711

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

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

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

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

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

Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar

Fernando Galvão

Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Artigo publicado no Observatório da Justiça Militar,
em 23 de novembro de 2017

Com a ampliação do conceito de crime militar promovida pela Lei 13.491/2017, surgiram dúvidas sobre o deslocamento imediato dos processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar. A mesma inquietação se verificou em relação aos inquéritos policiais instaurados no âmbito da Polícia Civil.

Confesso que em um primeiro momento, o entusiasmo diante do horizonte ampliado para a atuação da Justiça Militar me induziu ao erro de afirmar que a edição da Lei importaria na imediata transferência de todos os processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar. Uma reflexão mais cuidadosa me fez perceber que a questão não é tão simples como me pareceu inicialmente.

A norma alterada pela Lei 13.491 que nos ocupa a atenção (inciso II do art. 9º do CPM) é de natureza material, que sequencialmente produz efeitos secundários de natureza processual. A doutrina já identificou as normas de natureza híbrida, nas quais se pode identificar tanto aspectos materiais e quanto processuais. Contudo, no caso da alteração produzida pela Lei 13.491, pode-se constatar que o efeito processual somente se apresenta

quando há a caracterização do crime militar. O efeito processual depende da concretização do aspecto material da norma.

Não é possível considerar os aspectos da nova disposição legal separadamente para aplicar apenas o aspecto processual que desloca a competência para a Justiça Militar. Tal deslocamento depende da aplicação do aspecto material do dispositivo. Em outras palavras: somente haverá o deslocamento da competência se houver, antes, a caracterização do crime militar.

Tal observação se torna importante nos casos de processos relativos à condutas praticadas antes da entrada em vigor da nova lei. No momento da realização da conduta, se o crime em tese praticado era comum, e não militar, é necessário avaliar se a retroatividade da lei penal que o transforma em militar é possível. Isto porque havendo sucessão de leis penais, a retroatividade somente é possível quando beneficiar o sujeito (art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar). E o Código Penal Militar esclarece que para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato (art. 2º, § 2º).

A orientação legal é muito pertinente para confirmar a perspectiva de que o crime militar é caracterizado conforme as disposições do Código Penal Militar e a apuração de responsabilidades em razão de suas práticas deve-se orientar pelas normas do Código de Processo Penal Militar. Tais estatutos constituem referência necessária para o trabalho na Justiça Militar, muito embora a desatualização dos mesmos tenha imposto a realização de uma série de ajustes. Para o Código Penal Militar pode-se citar a incorporação da regra constante do art. 68 do Código Penal comum, que determina que a dosimetria da pena se verifique em três fases. Para o Código de Processo Penal Militar, pode-se a incorporação da regra constante do art. 400 do Código de Processo Penal comum, que determina que a realização do interrogatório ocorra ao final de instrução (STF-HC 127900).

Também não se pode esquecer, com relação aos processos em andamento, as normas constitucionais que definem a competência (absoluta) em razão da matéria. Desta forma, não se pode processar e julgar na Justiça

Comum um crime militar, como também não se pode processar e julgar na Justiça Militar um crime comum.

Os primeiros momentos de aplicação da nova lei são delicados e a precipitação na declinação de competência pode levar, no caso de ser suscitado conflito negativo de competência a ser resolvido no Superior Tribunal de Justiça, ao resultado indesejado da prescrição. Nos crimes cuja pena cominada é muito baixa, como é o caso dos crimes de abuso de autoridade previstos nos arts. 3º e 4º da Lei 4.898/65, pode-se dizer que a prescrição se apresentará inevitável. Portanto, é necessário muita cautela para declinar a competência da Justiça Comum.

Diante do concurso aparente de normas incriminadoras, perante o qual se pretenda apurar qual das disposições é mais favorável ao indiciado/réu, pode-se observar as seguintes premissas:

- a) atendidas as condições especificadas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, o concurso se estabelece entre tipos definidores de crimes militares (não se trata de concurso entre crime comum e crime militar);
- b) os crimes previstos de maneira idêntica no CPM e na legislação penal, com idêntica pena, não sofrem qualquer inovação e permanece a previsão do CPM;
- c) os novos crimes militares revogam os antigos crimes militares com os quais são incompatíveis;
- d) para os processos em andamento, somente haverá retroatividade quando a nova previsão for mais benéfica.

Em um exame preliminar, pode-se identificar a concreta possibilidade da incidência da prescrição da pretensão punitiva como situação que venha a tornar a retroatividade da nova disposição legal possível. Isso porque a Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, alterou as disposições relativas à prescrição somente no Código Penal comum, não produzindo qualquer efeito no Código Penal Militar.

Nesse aspecto, cabe observar que art. 1º da Lei n. 12.234/10 dispõe expressamente que a Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848,

de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa. Desta forma, ficou absolutamente claro que o instituto da prescrição retroativa não existe mais no Código Penal brasileiro. No entanto, ainda há previsão para a prescrição retroativa em relação à pretensão punitiva de crimes militares, conforme previsto no § 1º do art. 125 do Código Penal Militar. O dispositivo da legislação especial determina que sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente. Nesse caso, o dispositivo legal é expresse em admitir a ocorrência da prescrição retroativa, no período compreendido entre o recebimento da denúncia e a decisão condenatória recorrível.

A prescrição regulada pela parte geral ainda apresenta dois outros aspectos mais favoráveis ao indiciado/réu. O primeiro diz respeito ao prazo mínimo para a ocorrência da prescrição. Com a alteração produzida pela Lei 12.234, o prazo mínimo estabelecido pelo Código Penal Comum é de 03 anos (art. 109, inciso VI). Sem alteração promovida pela Lei 12.234, o prazo mínimo estabelecido pelo Código Penal Militar é de 02 anos (art. 125, inciso VII). O segundo aspecto se apresenta na inexistência de uma causa interruptiva da contagem do prazo prescricional. Nos termos do Código Penal Comum, a publicação do acórdão condenatório recorrível (que, por substituir a decisão de primeiro grau como título executivo, conserva a natureza condenatória quando nega recurso da defesa) é causa interruptiva da prescrição (art. 117, inciso IV). No Código Penal Militar não há previsão para tal interrupção.

Considerando as distintas disposições legais para o instituto da prescrição, pode-se concluir, no caso concreto de apuração de crime de abuso de autoridade, que é mais favorável ao indiciado/réu retroagir a regra que caracteriza a conduta como crime militar.

Também pode-se identificar situação de benefício a nova caracterização dos crimes militares de lesão corporal leve e lesão corporal culposa.

Nos termos do disposto no art. 88 da Lei 9.099/95, a ação penal relativa aos referidos crimes passa a ser pública condicionada. E, nos termos do art. 91 do mesmo diploma legal, nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

O argumento de que o art. 122 do Código Penal Militar restringe as hipóteses de ação pública condicionada aos crimes previstos nos artigos 136 a 141 não pode ser aplicado. O art. 88 da Lei 9.099/95 também é regra extravagante ao Código penal comum e, mesmo assim, produz efeitos para alterar as normas estabelecidas no estatuto comum.

Os argumentos de que um inferior jamais representaria contra um superior ou que um civil jamais representaria contra um policial militar, por medo de retaliações, igualmente não se apresentam adequados para impedir a incorporação dos casos de ação pública condicionada.

Nesse aspecto, primeiramente, cabe observar que a representação permite à vítima (ou seus representantes) o direito de realizar um juízo de oportunidade e conveniência sobre a propositura da ação penal. Se o direito da vítima estiver sob ameaças, deve-se remover as causas da ameaça e não remover o direito da vítima.

Também se mostra inaceitável a premissa de que o inferior sempre tem medo de contrariar o superior. Aceitá-la significaria inviabilizar os Conselhos de Justiça, porque o inferior sempre votaria no mesmo sentido do voto do superior.

Por fim, admitir que a vítima civil temeria representar contra o policial militar implicaria na necessidade de explicar porque não temeria representar contra o policial civil. Aos que defendem que o medo da vítima justifica estabelecer a impossibilidade de ação pública condicionada nos dois casos, pode-se retornar à crítica inicial: se há ameaças ao exercício do direito, que se removam as ameaças e não o direito.

O argumento que se mostra importante para negar a aplicação do art. 88 da Lei 9.099/95 é a restrição constante do art. 90-A do mesmo diploma

legal. Nesse caso, vale lembrar que a inconstitucionalidade do dispositivo para o contexto da Justiça Militar estadual tem sido afirmada em muitos julgados. Superada a restrição, pelas mesmas razões, deve-se incorporar ao contexto militar os novos casos de ação pública condicionada.

Quanto à ação pública condicionada, ainda cabe considerar os casos de lesão corporal culposas produzidas na condução de veículos (viaturas). Para raciocinar com exemplos comparativos, tanto policiais civis como militares conduzem viaturas policiais. O parágrafo 1º do art. 291 da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, determina que aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). O dispositivo não excepciona a aplicação no âmbito da Justiça Militar (o que ocorre com o art. 90-A da Lei 9.099/95) e não parece justificável e constitucional que a ação penal seja pública condicionada para o caso de crimes praticados por policial civil e pública incondicionada para o caso de crimes praticados por policial militar. Nesse contexto, a composição civil importa em impedimento para a vítima oferecer a representação. Em resumo: inaugura-se uma nova fase para o Direito Penal Militar, mais preocupado com a reparação dos danos causados à vítima da lesão corporal culposa do que com a punição do militar causador do dano (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95 c/c art. 291 da Lei 9.503/97).

Ainda vale observar a posição dominante nos Tribunais Superiores no sentido de que proferida a decisão de primeiro grau, firma-se o juízo recursal de modo que não haverá deslocamento da competência para analisar eventual recurso. No STF o entendimento pode ser examinado na decisão proferida no HC 78.320-SP e no STJ na decisão proferida no julgamento do HC 228856-SP, todos envolvendo casos relativos à Lei 9.299/96. O enten-

dimento é passivo críticas, quando se pensa que a fixação do juízo natural deve ser antes da ocorrência do crime e não após a decisão de primeiro grau, bem como que este princípio constitucional deve ser ponderado com a definição de competência em razão da matéria, que também é de ordem constitucional.

Com estas breves considerações espero, apenas, provocar a reflexão sobre os cuidados necessários para a aplicação das novas disposições que ampliam o conceito de crime militar.

A reforma do Código Penal Militar promovida pela Lei nº 13.491/2017 e seus reflexos na Justiça Militar

Flávio Augusto Milhomen

Promotor de Justiça do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios

Nísio E. Tostes Ribeiro Filho

Promotor de Justiça do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios

Artigo publicado no Observatório da Justiça Militar Estadual,
em 13 de novembro de 2017

A Lei nº 13.491/17 promoveu importante alteração no art. 9º do Código Penal ao modificar o inciso II, dando-lhe a seguinte redação: “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal”.

Até 15 de outubro de 2017, a definição dos crimes militares, em tempos de paz, se encontrava disposta no art. 9º do Código Penal Militar, nos seguintes termos: crimes previstos no CPM de forma exclusiva ou com redação diversa da constante da legislação penal comum, qualquer que seja o agente (inciso I); crimes previstos no CPM, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum (inciso II), nas circunstâncias descritas no inciso, dentre outras, quando praticados por militar em situação de atividade, contra militar na mesma situação; e outras condutas atribuídas ao militar da reserva, ou reformado, ou por civil contra as instituições militares (inciso III).

Em sendo a competência a divisão funcional do exercício da jurisdição, a natureza do conflito é o que determina qual o órgão jurisdicional competente para dirimi-lo.

As justiças especiais têm sua competência fixada na Constituição Federal; e, dentre elas, encontra-se a Justiça Militar, a Justiça Castrense; cuja competência encontra previsão nos arts. 124 (JM da União) e 125, § 4º (JM Estadual e do Distrito Federal), da Constituição Federal, cabendo-lhe, em linhas gerais, o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei.

E é, neste ponto, que reside um dos interesses decorrentes da entrada em vigor do novo diploma legal.

Pode-se cogitar que a modificação legislativa atendeu à necessidade de adequação da legislação castrense, até então vigente, à realidade social brasileira, nela incluindo crimes previstos ora no Código Penal comum, ora na legislação extravagante, cuja existência sequer se cogitava no ano de 1968, ano em que publicado o Código Penal Militar.

Ademais, uma das maiores críticas feitas pelo CNJ à Justiça Militar era o seu alto custo orçamentário em relação ao número de processos, considerado baixo quando confrontado com a situação das Varas Criminais. O fato é que, não se sabe se por desconhecimento da legislação de regência ou intuito de aumentar a relevância da Justiça Castrense, aumentou-se consideravelmente a competência da Justiça Militar, nos âmbitos federal e estadual, que passarão a julgar crimes que, até então, eram da competência da Justiça Comum.

Esta modificação despertou diversas questões que merecem a atenção dos cientistas e operadores do direito castrense. Com a alteração da redação, e inclusão do termo “legislação penal”, condutas que eram alheias à Justiça Militar passarão a fazer parte do cotidiano de juízes, promotores, defensores e advogados nas Auditorias Militares da União, Estados e Distrito Federal, a exemplo dos crimes previstos na Lei nº 9.605/98 (Crimes contra o meio ambiente), Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), Lei nº 9.455/97 (Crime de Tortura) e Lei nº 4.898/65 (Crime de Abuso de Autoridade).

Ponto de grande importância é a repercussão da nova norma no tempo. Deverá ela retroagir, atraindo para a Justiça Militar todos os inquéritos e processos em curso na Justiça Comum praticados por militares nas condições

do inciso II do art. 9º do CPM; ou, em certas situações, mais gravosas para o réu, os feitos deverão permanecer na Justiça Comum, dando-se ultratividade à lei anterior?

Veja-se, por exemplo, os casos de abuso de autoridade que, na Justiça Comum, faziam jus aos benefícios da Lei 9.099/95, inaplicáveis na Justiça Militar por força de seu art. 90-A.

Iguais considerações merecem ser reservadas à implementação, no âmbito da Justiça Militar, das medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; das medidas protetivas de urgência, constantes da Lei nº 11.340/06; assim como para a resolução de conflitos aparentes de normas, ora a partir da especialidade, ora da consunção.

Outros questionamentos certamente serão trazidos pela comunidade jurídica, o que demonstra a relevância da alteração legislativa promovida no art. 9º, II, do Código Penal Militar; e que serão objeto de análise da doutrina e jurisprudência.

Crimes militares por extensão à luz da Constituição Federal de 1988

Karolyne Christina Queiroz Leite

Servidora pública do Ministério Público da União

Assessora Jurídica do Procurador-Geral de Justiça Militar

Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola

Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa

Catarina

RESUMO: Com o advento da Lei 13.491/2017, iniciou-se amplo debate no mundo acadêmico e jurídico quanto ao seu alcance e conteúdo. A nova lei alterou o art. 9º do Código Penal Militar, resultando na ampliação do rol dos crimes militares e da competência da Justiça Militar. Os novos crimes militares surgidos com a alteração legal foram classificados como crimes militares por extensão, denominação de autoria de Ronaldo João Roth. O presente trabalho objetiva conhecer essa nova categoria de crimes militares, por meio de compilação e análise da doutrina clássica e moderna sobre a temática. Assim, mapeou-se a origem dos crimes militares, as classificações existentes, os argumentos da doutrina sobre os crimes militares de extensão e sua análise à luz da Constituição Federal. Concluiu-se pelo acolhimento constitucional da nova categoria de crimes militares e pela necessidade de uniformização do entendimento por força da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVES: Crimes. Militares. Extensão. Nova. Categoria. Lei. 13.491. Ampliação. Rol. Competência. Constitucional.

ENGLISH

TITLE: Military crimes by extension in the light of Federal Constitution of 1988.

ABSTRACT: With the advent of Law 13.491/2017, began debate on the academic world and the scope. The new law changed the art. 9º of the Military Penal Code, resulting in the expansion of military crimes and the competence of the Military Justice. The new military crimes that occurred with the legislative change were classified as “military crimes by extension”, denomination by Ronaldo João Roth. The present work aims to know about the new category of military crimes, through the analysis of the classic and modern doctrine on a thematic. Therefore, It was mapped, based on military data of extension and its analysis in light of the Federal Constitution. The constitutional acceptance of the new category of military crimes is concluded and it is necessary to have a uniformity understanding through jurisprudence.

KEYWORDS: Crimes. Military. Extension. New. Category. Law. 13.491. Enlargement. Role. Competence. Constitutional.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A origem do crime militar – 3 O conceito e a classificação de crime militar – 3.1 Conceito de crime militar – 3.2 Classificação dos crimes militares – 3.2.1 Concepção clássica – 3.2.2 Concepção processual – 3.2.3 Concepção topográfica – 3.2.4 Concepção tricotômica – 3.3 Crime militar próprio e crime próprio militar – 4 Os crimes militares por extensão – 4.1 Noções introdutórias – 4.2 A Lei 13.491/2017 e a nova classificação doutrinária de Ronaldo João Roth – 4.3 Os crimes militares de drogas por extensão – 4.4 Os “Crimes militares extravagantes”, de Cícero Robson

Coimbra Neves – 4.5 O acolhimento constitucional dos crimes militares por extensão – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes militares têm notável importância na história da humanidade, sobretudo na época em que as fronteiras do mapa-múndi estavam sendo desenhadas e defrontava-se com um quadro de guerras sucessivas. A tipificação de condutas penalmente relevantes na vida na caserna ou no teatro de operações contribuíam, por via indireta, para o desenvolvimento e fortalecimento da respectiva nação, pois exercia influência direta na organização e na garantia da disciplina e da hierarquia dentro das instituições militares.

Nesse contexto, percebe-se que a ampliação do conceito de crime militar era uma decorrência lógica do desenvolvimento do Estado e do seu poderio. Célio Lobão afirma que as guerras frequentes faziam com que “países mantivessem exércitos em condições de empenhar em confronto com as forças armadas de outros países”, o que culminava no alargamento do conceito de crime militar e no aumento das competências das cortes castrenses, gerando assim uma prestação mais célere e a melhora na tutela das instituições militares, tudo para manter a disciplina e resguardar as Forças Armadas (LOBÃO: 2006, p. 58).

A definição de crime militar guarda, portanto, relação direta com o Estado e a Defesa Nacional. Não há Estado sem exército. Nunca houve e nunca haverá. Ainda que não vivamos mais em clima aguerrido de conquistas de terras ou revoluções sociais, tem-se por imprescindível a eficiência e o bom funcionamento das Forças Armadas de um país.

A regulação das condutas, a tutela penal dos bens jurídicos relevantes à vida militar, a organização das instituições militares, o cumprimento da missão constitucional pelas Forças Armadas, como a garantia da lei e da ordem, a competência da Justiça Militar, o fomento do saber penal militar, tudo passa pela compreensão e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

No dia 13 de outubro de 2017, nasce a Lei 13.491, que alterou a espinha dorsal de um corpo normativo que data do Regime Militar no Brasil, mexendo profundamente na sua estrutura quanto ao seu poder de alcance normativo e, por conseguinte, ampliando a competência da Justiça Militar.

Ainda que noutro contexto, Célio Lobão, em uma passagem da sua obra *Direito Penal Militar*, chega a usar a expressão “militarização de infrações penais comuns”, *mutatis mutandis*, para falar que a diversidade de conceituação e a ampliação do crime militar têm obrigado doutrinadores “a estabelecerem, através dos tempos, critérios classificatórios do crime militar a fim de extremá-lo do delito comum” e que décadas mais tarde, o movimento seria inverso, “restringindo o elenco das infrações penais castrenses, aos crimes propriamente militares” (LOBÃO: 2006, p. 58)

Dito de forma diferente, a ampliação do rol de crimes militares implementada pela Lei 13.491/2017 faz surgir a necessidade de conformação doutrinária na classificação do crime militar.

Assim, os crimes militares, para o doutrinador Ronaldo João Roth, passam a dividir-se em três categorias: os propriamente militares, os impropriamente militares (ou crimes militares impróprios) e os recém-criados crimes militares por extensão.

E o presente trabalho fará uma análise histórica, conhecendo a origem dos crimes militares, seus conceitos e classificações, adentrando na nova categorização proposta por Ronaldo João Roth para, ao final, responder à seguinte indagação: *o crime militar por extensão tem base constitucional?*

2 A ORIGEM DO CRIME MILITAR

O estudo do Direito Penal Militar exige intersecção com o do Direito Penal comum, haja vista que, na origem, caminharam juntos até a cisão como ramos autônomos do saber. Sendo assim, analisar a evolução do direito penal militar implica o conhecimento do direito penal comum. A história do direito penal está intimamente ligada à trajetória da huma-

nidade. A evolução do modo de viver dos povos e a dinâmica da ação e reação social definiram a relação crime *versus* consequência de cada época. Por isso, não há uma sequência cronológica exata do direito penal. Sua trilha é marcada por ciclos de avanços e retrocessos nas leis penais. Ou, como salienta Luiz Regis Prado, “as fases ou épocas da história penal não se apresentam de forma estanque ou isolada, ao contrário, interpenetram-se continuamente” (PRADO: 2012, p. 84).

Citando Jiménez de Asua, o doutrinador Luiz Regis Prado assim resume a evolução punitiva:

a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua (PRADO: 2012, p. 84).

Visto de outra forma, o direito penal pode ter sua historicidade dividida entre o Direito Penal anterior e posterior às revoluções burguesas do século XVIII.

Assim, ao se falar do período anterior ao Século das Luzes, está-se falando do direito penal da antiguidade e da idade média, dividido em: 1) Direito Penal dos sumerianos¹; 2) Código de Hamurabi; 3) Hebreu; 4) Grego; 5) Romano; 6) Germânico ou alemão; 7) Canônico; 8) Direito Penal comum. Como característica, tem-se a influência da vida religiosa dos povos na formação das leis, com prevalência do paradigma do Talião.

O Direito Penal posterior às revoluções burguesas do Século XVIII é fruto da contribuição dos iluministas, em cujo pensamento permeava a razão

¹ Uma curiosidade do direito penal da antiguidade é a previsão de penas pecuniárias nas leis penais dos sumerianos. No entanto, essas penas eram destinadas aos detentores das riquezas, restando aos menos favorecidos as sanções corporais, o que configurava verdadeira coculpabilidade “às avessas”.

sobre o teocentrismo; o rompimento do Estado concentrado e absolutista; e a ideia de Estado laico. Época de pensadores como Locke, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Hume, entre outros. Aqui é que surge o princípio da legalidade e proporcionalidade da pena, com o estudo de Feuerbach e com a importante obra do Marques de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764.

Na obra de Célio Lobão, cita-se a posição doutrinária que afirma a Revolução Francesa (1789) como marco do período moderno do direito penal militar, mas que ressalta o seu conhecimento desde o Direito Romano, “no qual a violação do dever militar alcançou noção jurídica perfeita e científica, o que explica por que a Roma conquistou o mundo com o rigor da disciplina militar” (LOBÃO: 2006, p. 48).

Cicero Robson Coimbra Neves, na sua obra *Manual de Direito Penal Militar*, enceta seu estudo falando da aproximação, na origem, dos direitos penais militar e comum. Considerando a impossibilidade de se apontar com exatidão o momento em que surgiu o direito penal militar, o autor afirma “ter sido em tempos remotos, acompanhando o aparecimento dos primeiros exércitos”, seguido da criação de órgão julgador dos crimes praticados em tempo de guerra e no teatro das operações (NEVES: 2014, p. 35/36).

Na mesma obra, segue Coimbra defendendo o estudo que alega ser o Exército da Suméria (4.000 a.C) o primeiro modelo de Exército da história e o Império Romano, com seus quatro elementos – cidades-estados, exércitos permanentes, expansionismo e disciplina –, o propulsor do desenvolvimento do Direito Penal Militar. Em suas palavras, “dessa mistura de elementos, concatena-se o raciocínio de que uma sanha expansionista-imperialista leva a circunstância de perene prontidão dos Exércitos, transformando-os em instituições permanentes, formados e estruturados sob rígida disciplina.” (NEVES: 2014, p. 37). Daí a ilação de que todo cidadão romano era um soldado.

O direito penal militar também pode ter sua origem analisada *paripassu* com o estudo das penas militares, que eram as penas existentes no sistema penal da época só que aplicadas também aos militares que praticavam crimes, tanto em tempo de paz quanto nos teatros das operações de guerra.

Nesse ponto, Jorge Cesar de Assis, quando leciona sobre a evolução das penas no direito penal militar, aponta, sintética e cronologicamente, a vingança privada, como a primeira forma de punição, exercida pelo ofendido ou por sua família, seguida pelo *jus puniendi*, quando o direito de punir passa para o chefe da tribo, com a pena de talião (olho por olho, dente por dente, sangue por sangue). Na sequência, o doutrinador indica a fase da *compositio* como a possibilidade de o ofensor ressarcir a vítima ou sua família. Na Idade Média, lembra a crueldade da pena corporal, época marcada pela tortura, suplícios e processos secretos (ASSIS: 2007, p. 16).

Em obra rara de direito penal militar, o autor Chrysólito de Gusmão apresenta as penas das civilizações da antiguidade, a começar pela egípcia e espartana. A mais comum nessas duas civilizações era a bastonada ou fustigação, que também eram aplicadas aos oficiais. Os egípcios aplicavam a pena de arrancar a língua aos espiões que divulgavam um plano de chefe militar, e a pena de morte era destinada aos crimes mais graves, tal qual era considerado o crime de deserção (GUSMÃO: 1915, p. 182).

Na civilização romana, havia as penas aflitivas (castigo, multa, trabalhos forçados, transferência de milícia, degradação ou rebaixamento e baixa infamante) e as penas capitais (decapitação, fustigação e a perda de estado). Excepcionalmente, nos delitos gravíssimos, a exemplo da deserção, os militares eram submetidos a outras penas como tortura, lançamento às feras, enforcamento (GUSMÃO: 1915, p. 182).

No estudo de Chrysólito Gusmão, o autor explica cada pena romana, citando a obra de Vêde Pavlovitch. Na pena de decapitação (*decolatio*), o militar era “batido com vara” antes de ter sua cabeça decepada. A fustigação (*fustuarium*) significava bater com o bastão o infrator até sua morte. Aqui, o normal era o “infeliz sucumbir em meio da tropa”, e o que viesse a sobreviver era proibido de retornar à sua pátria e de ser recebido pelos amigos, em suas casas. Já a pena de perda de estado implicava a perda dos direitos de estado civil e era chamada de *capitis diminutio* (GUSMÃO: 1915, p. 182).

A pena mais disciplinadora, segundo Gusmão, era o castigo (*castigatio*), que consistia na aplicação de um número prefixado de vergastadas,

e a que aparentava natureza subsidiária era a pena de multa (*pecuniaria multa*), cujas espécies abrangiam a aplicada sobre o soldo e também a confiscação dos bens do desertor que falecesse nesse estado (GUSMÃO: 1915, pp. 183-184).

Munerum indictio era como os romanos chamavam os trabalhos forçados, por meio dos quais o militar era condenado a executar trabalhos que não eram próprios da sua classe. Assim, os militares das classes superiores, quando condenados, eram obrigados a exercer as funções junto com os de classe inferiores, configurando uma degradação funcional (rebaixamento). Nesse mesmo contexto das milícias, havia a pena *militiae mutatio*, traduzida como “transferência de milícia”, pela qual, igualmente, gerava um constrangimento social, pois mudava o militar condenado para uma classe inferior (GUSMÃO: 1915, p. 185).

Por fim, GUSMÃO traz a lume as penas da degradação (*gradus dejectio*) e a baixa infamante (*ignominiosa missio*). A primeira rebaixava o militar de posto, permanecendo na legião, enquanto que a segunda resultava na expulsão da legião, privando-o de honra e dignidade de homem íntegro (GUSMÃO: 1915, pp. 186-187).

Como se vê, o Direito Romano já conhecia o crime militar e a ele cominava penas. Segundo entendimento doutrinário defendido por Célio Lobão, o conceito de delito militar, considerado como aquele cometido pelo militar nessa qualidade, está expresso no Digesto, Livro XLIX, Título XVI, L.2, ao prever que *Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittet*. Nessa previsão do direito romano (“L.2”), a doutrina enxerga a hipótese de crime comum cometido por militar, isto é, o crime impropriamente militar.

Na L.6 da mesma norma, por sua vez, a hipótese é de crimes praticados exclusivamente por militares, e não mais de crimes comuns cometidos por militares. O referido dispositivo conceitua o crime militar como todo “delito cometido contrariamente ao que exige a disciplina, tal como o crime de negligência, de contumácia ou de desídia” (*Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur, veluti segnitiae crimen, vel contumaciae, vel desidiae*) (LOBÃO: 2006, p. 48). Cuidam-se

das hipóteses de crimes praticados apenas por militares, pois diz respeito a deveres somente impostos aos militares.

Com efeito, Célio Lobão, referenciando a obra de Carlos Colombo, ensina que “as infrações exclusivamente militares, previstas na L.6, são indicadas pelas expressões *segnitia, contumacia e desidia*” (LOBÃO: 2006, p. 49). Seriam, pois, os crimes propriamente militares.

O doutrinador Pietro Vico faz interessante observação ao lamentar que “a noção romana do crime militar, no duplo aspecto de lesão objetivamente militar (L.2) e de lesão exclusivamente militar (L.6), tenha se perdido com o tempo, reaparecendo com a revolução francesa, embora de forma imperfeita”. (LOBÃO: 2006, p. 49).

3 O CONCEITO E A CLASSIFICAÇÃO DE CRIME MILITAR

3.1 Conceito de Crime Militar

A conceituação de crime militar em patamar constitucional é realizada por intermédio do critério *ratione legis* desde a Constituição de 1946: À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas (art. 108).

A Constituição Federal de 1988 reproduz o paradigma constitucional anterior ao dispor: À justiça militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124).

Logo, conforme conclui Jorge Alberto Romeiro, o crime militar é o que a lei define como tal (ROMEIRO: 1994, p. 66).

Dito de outra forma, o constituinte, ao mesmo tempo em que determinou que os crimes militares deverão estar previstos em lei também os conceituou de modo singular, referendando o que viesse a ser previsto pelo legislador infraconstitucional, ou seja, crime militar é o que a lei assim estabelecer.

Nessa esteira, segundo Jorge Cesar de Assis, a definição de crime militar foi delimitada pelo legislador de 1969, com o Código Penal Militar:

“Conforme o autor do Anteprojeto do CPM, o professor Ivo D’Aquino, para conceituar o crime militar, em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar, é o que a lei militar considera como tal. Não define: enumera” (ASSIS: 2014, p. 105).

Ronaldo João Roth, em rápidas palavras, afirma que crime militar é o que a lei define no Código Penal Militar em tempo de paz (art. 9º) e em tempo de guerra (art. 10) (ROTH: 2017, pp. 29/36).

Segundo Cícero Robson Coimbra Neves, os critérios de configuração de um crime militar são: (1) *ratione materiae* (vida militar), “será delito militar aquele cujo cerne principal da infração seja matéria própria de caserna, intestivamente ligada à vida militar”; (2) *ratione personae* (condição de militar), “estará configurado com a presença da condição de militar nos sujeitos ativo e passivo da relação que envolve o delito”; por fim, (3) *ratione loci* (praticados em determinado lugar) e (4) *ratione temporis* (praticado em determinado tempo) são critérios que “davam aos delitos tidos como comuns a roupagem de delitos militares”, quando afetassem as instituições militares (NEVES: 2014, p. 89).

Alguns doutrinadores, como Célio Lobão, acrescentam o critério processualista, o qual se aproximaria da concepção de direito penal especial de Frederico Marques, dele decotando-se em razão do órgão competente para aplicação das normas castrenses. Ou seja, o critério processualista situa o crime militar entre os que são julgados pela Justiça Militar.

Se visto sob a ótica do art. 124 da Constituição Federal, que prevê o crime militar a partir da competência da Justiça Militar, o critério processualista tem sua base principiológica, por assim dizer, resguardada. Afinal, como diz Célio Lobão, “o direito penal militar brasileiro sempre adotou ‘a tipificação do delito como critério objetivo da atribuição da competência da Justiça Militar’” (LOBÃO: 2006, p. 77).

De toda sorte, porém, a crítica advém do fato de o critério processualista não avistar a “separação nítida dos conceitos de tipos de ilícitos e de jurisdição”, como pondera o Professor Magalhães da Rocha, *apud* Célio Lobão (LOBÃO: 2006, p. 59). E, nas palavras do próprio Célio Lobão,

“a Justiça Militar já julgou crimes comuns e contra a segurança externa e interna do Estado que, no entanto, não se transmudaram para crime militar. Portanto, o critério processualista não oferece roteiro seguro para determinação do crime militar” (LOBÃO: 2006, p. 59).

À exceção do critério processualista, a redação dada pelo legislador ao art. 9º do Código Penal Militar abrange todos os critérios já enumerados, sem revelar, contudo, a preferência entre eles, o que justifica o entendimento doutrinário de que “o critério adotado em nosso país para a configuração de crime militar foi o critério *ratione legis*, ou seja, crime militar é aquele delineado como tal pela lei penal militar” (NEVES: 2014, p. 89).

Corroborando tal premissa, Célio Lobão aduz que o critério *ratione legis* ou critério objetivo é corolário do princípio *nullum crimen sine lege* e que o Código Penal Militar em vigor adotou esse critério na classificação do crime militar, “sem, no entanto, dispensar outros critérios que, subordinados ao *ratione legis*, constituem elementos de caracterização do tipo penal impropriamente militar com a definição idêntica no Código Penal Militar e no comum” (LOBÃO: 2006, p. 63).

Com uma visão mais moderna do estudo do crime militar, Marcelo Weitzel, enquanto Procurador-Geral de Justiça Militar, escreveu o artigo científico “Esse tal crime propriamente militar: busca de um conceito”, publicado na Revista do Ministério Público Militar (2013). Nele traçou um conceito evolutivo do crime militar em cotejo com o avanço da doutrina e com a mudança das missões atribuídas às Forças Armadas.

Alfim, percebeu arriscada a eleição de um único posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o conceito de crime propriamente militar, em razão das “múltiplas variações que tem sofrido o corpo militar, seja no âmbito de sua estrutura, seja no plano de suas missões” (SOUZA: 2013).

O jurista associa o alargamento do conceito de crime propriamente militar à amplificação dos estudos do bem jurídico, afirmando a superação da “postura prevista às FFAA de um grupo armado constantemente aquartelado, preparado apenas para atuação no campo da segurança externa no que se refere à movimentação da tropa” (SOUZA: 2013).

No ponto, ressalta o papel das Forças Armadas como garantidora dos Poderes Constitucionais e da ordem pública (SOUZA: 2013). A recente exemplo pode-se apontar a intervenção federal na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, instituída pelo Decreto 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, e aprovado pelo Congresso Nacional, por força do Decreto Legislativo 10/2018.

Campo outro, agora no externo, Marcelo Weitzel acentua a crescente participação das Forças Armadas em missões de paz e em missões de resgate, exercendo papéis que vão além da manutenção da paz, *verbis*:

Ainda no campo externo, as constantes transformações às quais as forças de paz estão submetidas, face às alterações na realidade – como agora no Congo, onde as FFAA, em nome da ONU, se veem não só restritas à manutenção da paz, mas na busca de um conceito na prática beligerante, de legítima defesa preventiva da população (o que permitiria ataques a grupos hostis a essa população) – estão a exigir para as FFAA, como Instituição em missões solicitadas pelo Estado brasileiro, instrumentos jurídicos que as apoiem nas suas funções. Se o Estado, por meio do seu Estatuto Constitucional, reclama, tanto no âmbito interno como no externo, determinadas participações das FFAA, deve, além dos recursos humanos e materiais, fornecer a essas Forças Armadas os instrumentos jurídicos que lhe permitam exercer suas missões, o que sem dúvida amplifica a já divergente postura doutrinária do que seria crime propriamente militar. (SOUZA: 2013, p. 21)

3.2 Classificação dos crimes militares

Quanto à classificação dos crimes militares, pode-se dizer que as modalidades de infração penal militar primordialmente apontadas na doutrina são duas: crime propriamente e impropriamente militar.

A relevância do estudo surge de uma imposição do ordenamento jurídico relativa ao Direito Constitucional e ao Direito Penal substantivo. A Constituição Federal, no inciso LXI do seu art. 5º, determina que “ninguém

será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifou-se). O Código Penal, por sua vez, dispõe acerca da impossibilidade de indução à reincidência por crime propriamente militar anteriormente praticado, nos termos (art. 64, inciso II, do Código Penal comum).

Ou seja, não obstante a falta de definição legal do que sejam os crimes propriamente militares e, por conseguinte, os impropriamente militares, os efeitos jurídicos traçados pelo ordenamento jurídico são deveras relevantes. E, como não há regra sobre a distinção entre crime própria e impropriamente militar, a tarefa impõe-se à doutrina e à jurisprudência.

Nesse ponto, como bem observado por Jorge Alberto Romeiro, os legisladores pátrios reverenciaram o princípio *lex imperat, non docet*, prevalecendo a ideia de que à lei compete ditar a premissa; não a explicar (ROMEIRO: 1994, p. 68).

A doutrina moderna e a jurisprudência dão continuidade à *summa divisio* do crime militar anunciada no direito romano, classificando-o em crime propriamente militar e crime impropriamente militar. Entretanto, não é unívoco o entendimento doutrinário quando traça os elementos diferenciadores, surgindo daí várias teorias, que foram muito bem sistematizadas pelo doutrinador Cícero Robson Coimbra Neves (NEVES: 2014, p. 93/96), de quem tomamos emprestado a estrutura para aqui expor como concepções:

3.2.1 *Concepção clássica*

No direito romano, como visto alhures, o crime propriamente militar foi conceituado como o delito exclusivamente praticado por militares, pois só a eles eram impostos os deveres cuja violação estava tipificada na norma. Noutras palavras, é aquele que tem como sujeito ativo do delito exclusivamente o militar (Digesto, Liv. XLIX, Título XVI, L.2: “*De re militare. [...] Proprium militari est delictum quod quis uti miles admittit*”). Seria o que Jorge Alberto Romeiro chamou de “crime funcional da profissão militar”,

a exemplo dos crimes de deserção, cobardia, dormir em serviço e outros (ROMEIRO: 1994, p. 68). Os impropriamente militares seriam, no direito romano, os crimes comuns cometidos por militares, isto é, crimes que por sua natureza podem ser praticados por qualquer cidadão, seja ele civil ou militar, mas que a lei considera crime militar quando praticado por militar em certas condições (ROMEIRO: 1994, p. 68).

Para Célio Lobão, distingue-se o crime propriamente militar com foco no sujeito ativo, haja vista conceituá-lo como “a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar” (LOBÃO: 2006, p. 84). O importante no critério diferenciador dos crimes propriamente militares para o autor é que somente o militar pode ser sujeito ativo desses crimes, de modo que o civil não pratica crime propriamente militar, ou seja, sua conduta, nessa hipótese, será atípica. O civil será penalmente responsabilizado, no seu entendimento, se e somente se sua conduta configurar crime impropriamente militar ou crime comum (LOBÃO: 2006, p. 86).

Quanto aos crimes impropriamente militares, prossegue o autor definindo como a infração penal prevista no Código Penal Militar que, “não sendo específica e funcional da profissão do soldado, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses” (LOBÃO: 2006, pp. 97-98).

No lado outro, ainda na esteira da concepção clássica, Jorge Cesar de Assis define crime propriamente militar como “aquele que só está previsto no Código Penal Militar e que só pode ser cometido por militar, exceção feita ao crime de insubmissão, que, apesar de só estar previsto no Código Penal Militar (art. 183), só pode ser cometido por civil”. Em razão da possibilidade de crime militar ser cometido também por civil, o autor complementa dizendo que seriam então aqueles cometidos contra a autoridade ou a disciplina militar ou contra o serviço e o dever militar. Quanto ao crime impropriamente militar, entende que nada mais é do que um crime comum, o qual, em virtude de um artifício legal – o enquadramento em uma

das várias hipóteses do art. 9º do CPM – adquire a característica de delito especial (ASSIS: 2014, p. 108).

Por fim, pode-se dizer que os crimes impropriamente militares são os que possuem natureza de crime comum, praticáveis por qualquer pessoa, civil ou militar. Como exemplo podemos citar o homicídio de um militar praticado por outro militar, ambos em situação de atividade (art. 9º, II, a, c/c o art. 205 do CPM). A exceção a essa construção doutrinária fica por conta do crime de insubmissão (art. 183 do CPM), diga-se a mais conhecida. Sem embargos, há autores que citam outras hipóteses de crime, a exemplo da violência contra militar de serviço (art. 158) e o furto de uso (art. 241), ambos previstos exclusivamente no CPM e que também podem ser cometidos por civil (ASSIS: 2014, p. 108).

Note-se que, apesar de ser praticado por um civil, a incorporação do agente, que implica a qualidade de militar, é condição de punibilidade ou de procedibilidade da ação penal militar, conforme dispõe o art. 464, § 2º, do CPPM. Antes de possuir a condição de militar, não cabe ação penal contra o civil insubmisso.

Os efeitos dos mandamentos legais da Constituição Federal, art. 5º, LXI, que equipara com a transgressão militar para dispensar ordem judicial para a prisão do autor; e do art. 64, II, do CP comum, que não admite a reincidência como repercussão do crime propriamente militar, parecem revelar a opção do ordenamento jurídico pátrio pela teoria clássica, na opinião doutrinária de Jorge Alberto Romeiro (ROMEIRO: 1994, p. 72).

3.2.2 Concepção processual

Construída por Jorge Alberto Romeiro, é a exceção à teoria clássica, isto é, o caso do crime de insubmissão ser considerado crime propriamente militar apesar de praticado por civil, somado ao fato de só caber ação penal contra o insubmisso quando ele adquire a condição de militar. Isso levou Jorge Alberto Romeiro a adaptar a concepção clássica e “formular uma nova teoria para conceituar crimes propriamente militares, com base no direito

da ação penal”. Assim, conceitua o crime propriamente militar como aquele “cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar” (ROMEIRO: 1994, p. 73).

Simpatizando com a inovadora teoria de Romeiro, o doutrinador Cícero Robson Coimbra Neves afirma ser a mais adequada, desde que aplicado o princípio *tempus regit actum*, de forma que eventual e futura perda da condição de militar pelo sujeito da ativa não influencie na verificação anterior do crime como própria e impropriamente militar. Seria, na verdade, uma verificação, como por ele nominado, “em módulo” e “em abstrato”, haja vista que a análise é realizada com foco no momento da ação ou da omissão do agente e no tipo penal em abstrato, identificando-se contra quem poderia ser proposta a ação penal militar (NEVES: 2014, p. 94). Conclui, portanto, ser crime propriamente militar o “crime cuja ação penal somente possa ser proposta em face de um militar, isso com foco no tipo penal verificado no momento da ação ou da omissão do agente” (NEVES: 2014, p. 95).

3.2.3 *Concepção topográfica*

Tem origem na doutrina penal comum, segundo a qual, em rápidas palavras, os crimes propriamente militares seriam aqueles que estão previstos tão somente no Código Penal Militar ou, se previstos também na lei penal comum, lá estão dispostos de modo diverso. Dessa forma, enquadram os crimes propriamente militares no inciso I do art. 9º do CPM; e os impropriamente militares, no inciso II do mesmo dispositivo (NEVES: 2014, p. 94).

3.2.4 *Concepção tricotômica*

Seus idealizadores são os autores Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz e recebeu esse nome porque crimes militares foram divididos em crimes propriamente militares, tipicamente militares e impropriamente militares. A dificuldade em conformar os crimes militares apenas em própria

ou impropriamente militares levou os autores a erigir uma terceira classificação, conforme explanado por Cícero Robson Coimbra Neves:

todo crime propriamente militar está apenas no Código Penal Militar, ou nele com tipificação diferente da legislação penal comum (...), mas nem todo crime impropriamente militar, sob o viés da teoria clássica, possui idêntica tipificação no Código Penal comum, como caso do art. 158 (violência contra militar de serviço), que, embora possa ser cometido por qualquer pessoa, apenas está previsto no CPM (NEVES: 2014, p. 96).

Na concepção tricotômica, o crime propriamente militar é aquele que somente pode ser praticado por militar, a exemplo da deserção; enquanto que o tipicamente militar é o que está previsto no Código Penal Militar, e basta isso, sendo irrelevante o sujeito ativo; e, por fim, o crime impropriamente militar seria o que encontra previsão tanto no Código Penal Militar como no Código Penal comum (dupla previsão).

concepção clássica	concepção processual	concepção topográfica	concepção tricotômica
Direito romano, Célio Lobão e Jorge Cesar de Assis	Jorge Alberto Romeiro e Cícero Robson Coimbra Neves	Doutrina penal comum. Celso Delmanto, Fernando Capez e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (COIMBRA: 2014, p. 94)	Claudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz
Crime propriamente militar: sujeito ativo exclusivamente militar	Crime propriamente militar: cuja ação penal somente possa ser proposta em face de um militar	Crime propriamente militar: são os que têm definição diversa da lei penal comum ou nela não se encontram (COIMBRA: 2014, p. 93)	Crime propriamente militar: somente pode ser praticado por militar
Crime impropriamente militar: crimes comuns (praticáveis por qualquer pessoa) quando praticados por militar e em certas condições previstas na lei	Crime impropriamente militar: o mesmo da concepção clássica, acrescentando os crimes praticados por civis que a lei define como militares (ROMEIRO: 1994, p. 68)	Crime impropriamente militar: dupla previsão (Código Penal Militar e Código Penal comum)	Crime impropriamente militar: possui dupla previsão (Código Penal Militar e Código Penal comum)
	Aperfeiçoamento da teoria por Coimbra: princípio <i>tempus regit actum</i>		Crime tipicamente militar: é o previsto no Código Penal Militar

3.3 Crime militar próprio e crime próprio militar

Com os ensinamentos de Jorge Alberto Romeiro, vê-se a distinção entre os crimes militares próprios ou propriamente militares com o chamado “crime próprio militar”. De plano, vale lembrar o conceito de crime próprio: “no crime próprio, o tipo penal exige que o agente ostente certas características”, como ocorre, por exemplo, no peculato, na corrupção passiva e no infanticídio (SANCHES: 2018, p. 196).

No Brasil, tendo em conta que civil pode cometer crime militar, prescindindo da coautoria com militar, poder-se-ia concluir, diga-se, de forma açodada, que os crimes militares não podem ser crimes próprios militares, já que praticável tanto por civil quanto por militar. Contudo, a correta análise deve ser implementada no âmbito dos crimes militares da seguinte forma: são crimes próprios militares aqueles que somente podem ser cometidos “por militar em uma condição específica, como a de comandante (art. 198, 201 etc.)” (NEVES: 2014, p. 93).

A diferença, então, entre crimes militares próprios (propriamente militares) e crimes próprios militares, consiste no fato de que “os primeiros exigiriam apenas a qualidade de militar para o agente; enquanto os segundos, além da referida qualidade, um *plus*, uma particular posição jurídica para o agente” (ROMEIRO: 1994, p. 76).

4 OS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO

4.1 Noções introdutórias

A nova categoria de crime militar tem como pano de fundo a recente alteração sofrida pelo Código Penal Militar com a edição da Lei 13.491/2017, por tal razão faz-se premente prévio e breve esboço sobre o referido diploma.

O Código Penal Militar foi instituído por uma Junta Militar, composta por Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, sob a vigência dos Atos Institucionais 5/1968 – que dava ampla legitimidade

legislativa ao Poder Executivo, cuja chefia era exercida pela junta em questão – e o 16/1969 – que declarou vago os cargos de Presidente e Vice-Presidente.

Assim, em contexto de Regime Militar, nascia o Código Penal Militar com o Decreto-Lei 1001, no dia 21 de outubro de 1969.

Em que pesem as críticas ao cenário de berço do diploma castrense, Jorge Cesar de Assis atenta nos “institutos progressistas” trazidos no texto legal, desde a sua edição e, mais tarde, alguns replicados na legislação penal comum. Exemplifica-os: distinção entre o estado de necessidade exculpante e o estado de necessidade justificante (arts. 39 e 43 do CPM); sistema vicariante (art. 48, parágrafo único, do CPM), o qual só veio a ser incorporado no Código Penal comum após a reforma de 1984; princípio da bagatela (desclassificação do crime militar para transgressão militar); delação voluntária como causa de isenção de pena no crime de conspiração (art. 152, parágrafo único, do CPM) (ASSIS: 2014, p. 54).

É certo que a legislação penal militar possui especificidades próprias da vida militar que se correlacionam com os valores da hierarquia e disciplina. No entanto, o projeto do Código Penal Militar buscou a máxima harmonização com o Código Penal comum. Até porque ambos os códigos estavam sendo geridos ao mesmo tempo, e, junto com outros dois diplomas legais, foram “batizados” pelo doutrinador Jorge Cesar de Assis de “quadrigêmeos”. O autor referiu-se à outorga simultânea, pela Junta Militar, dos Decretos-Lei 1.001/1969 (Código Penal Militar), 1.002/1969 (Código de Processo Penal Militar), 1.003/1969 (Lei Orgânica da Justiça Militar) e 1.004/1969 (Código Penal comum), este último chamado de “irmão gêmeo natimorto”, porquanto foi revogado antes de entrar em vigor (ASSIS: 2004, p. 87).

De toda sorte, por ser o Código Penal Militar lei anterior à Constituição Federal de 1988, decerto que seu texto normativo demanda uma releitura mais atual, a fim de coaduná-lo com os valores da nova ordem constitucional.

Desde a sua edição, em 1969, o Código Penal Militar sofreu poucas alterações na sua redação original. Perto de completar 50 anos, a lei castrense foi modificada em seis oportunidades – com o advento das Leis 6.544, de

30.6.1978; 7.565, de 19.12.1986; 9.299, de 8.8.1996; 9.764, de 18.12.1998; 12.432, de 29.6.2011; e, a mais recente, 13.491, de 13.10.2017.

4.2 A Lei 13.491/2017 e a nova classificação doutrinária de Ronaldo João Roth

No dia 13 de outubro de 2017, foi publicada a Lei 13.491, que teve a missão de alterar o principal dispositivo do Código Penal Militar, o art. 9º. E, por ser uma norma de extensão, cujas hipóteses definem se o fato jurígeno tem natureza de crime militar ou não, qualquer modificação em seu texto gera grande repercussão jurídica na seara militar.

Como já esperado, a novel lei tem fomentado enorme discussão sobre o sentido e alcance das modificações feitas na redação do art. 9º. A um só tempo e com aplicação imediata, a Lei 13.491/2017 teve o condão de ampliar a competência da Justiça Militar e aumentar sobremaneira o rol dos crimes militares, a ponto de colocar a doutrina em movimento para produzir a norma interpretativa correlata para os aplicadores do direito.

As mudanças impressas no texto legal pela Lei 13.491/2017 abrangem a alteração redacional dos incisos II e do parágrafo único do art. 9º, sendo este último também renumerado para permitir a inserção de mais um parágrafo no dispositivo. Agora temos §§ 1º e 2º no art. 9º. Confira-se:

Inciso II do art 9º do Código Penal Militar. Como era: “II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: (...)”. E como ficou: “II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (...)”.

Parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar. Como era:

Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro da Aeronáutica.

E como ficou:

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 julho de 1965 – Código Eleitoral.

Nesse novo tablado normativo, a doutrina escreve sobre uma categoria inédita de crime militar, que, no estudo de Ronaldo João Roth, recebe o nome de “crimes militares por extensão”.

Como se viu, a alteração da redação do inciso II do art. 9º do CPM, da forma como foi redigida (“os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal...”), faz com que não se exija mais a dupla previsão para incidência do inciso II do art. 9º. Ou seja, o fato não precisa ser previsto como crime em ambos os Códigos Penais, Militar e comum.

Quer-se dizer com isso que a nova lei abre o leque para abarcar todas as condutas tipificadas no nosso ordenamento jurídico, bastando que presente uma das hipóteses elencadas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

Aliás, hoje, pode-se falar em um ordenamento jurídico-penal único no Brasil, com a previsão de todas as condutas consideradas típicas no país, seja de natureza comum ou especial, aqui presentes os crimes militares e eleitorais.

Com efeito, verificada típica a conduta do agente, porque prevista como crime no ordenamento jurídico-penal brasileiro (Código Penal Militar e legislação penal comum), resta saber se o fato delituoso se enquadra em uma das alíneas (*a, b, c, d* ou *e*) do inciso II do art. 9º do Código Castrense, para definir sua natureza de crime militar ou não.

De acordo com as referidas alíneas, o crime será militar quando a conduta típica é praticada:

- a) por militar contra militar, ambos da ativa;
- b) por militar da ativa contra militar da reserva ou civil, desde que em lugar sujeito à administração militar;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, contra militar da reserva, reformado ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício contra militar da reserva, reformado ou civil;
- e) por militar em situação de atividade contra o patrimônio sob a administração militar ou a ordem administrativa militar.

Trata-se de um juízo de tipicidade indireta ou adequação típica de subordinação mediata (NEVES: 2014, p. 245). Primeiro, classifica-se o crime; e, só depois, verifica-se a adequação em uma das alíneas acima, para aperfeiçoar a tipificação (norma de extensão).

Em recente artigo científico, o jurista Jorge Cesar de Assis² ressaltou a adoção desse modelo de tipificação indireta na caracterização do crime militar pelo legislador originário do Código Penal Militar. Ou seja, “em primeiro lugar se verificava se o fato a ser analisado estava ou não previsto no CPM, para depois subsumi-lo a uma das hipóteses do seu art. 9º” (do CPM).

Segundo bem organizou as hipóteses originárias de crimes militares, Jorge Cesar de Assis pondera sobre os crimes militares próprios e impróprios,

² A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações. Disponível em: www.observatoriodajusticamilitar.info. Acesso em: 2 jun. 2018.

sob a ótica da doutrina até então produzida. Afirma que os crimes militares próprios eram os previstos no inciso I do art. 9º do Código Penal Militar (“os crimes de que trata este código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”), isto é, “*mutatis mutandis*, apenas aqueles previstos no Código Penal Militar e que não encontrassem identidade com a lei penal comum” (ASSIS: 2018).

No que concerne aos crimes militares impróprios, continua o doutrinador, contextualizando-os na redação do inciso II do art. 9º anterior à Lei 13.491/2017 (“os crimes previstos neste código, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...]”): não é difícil de perceber que os crimes militares impróprios tinham, necessariamente, dupla previsão, no CPM e na legislação penal comum (ASSIS: 2018).

Defendendo a constitucionalidade da Lei 13.491/2017, Jorge Cesar de Assis ressalta que a definição *ex vis legis* de crime militar permanece a mesma; e que segue esse modelo desde o Código Penal Militar de 1.944. A abrangência dos crimes militares aumentou por força de alteração legal e isso decorreu apenas “do fato de que, agora, desde que previstos nas hipóteses do art. 9º do CPM, crimes militares em tempo de paz constituem, os previstos neste Código e, também os previstos na legislação penal. Se vai ser bom ou não, só o tempo dirá” (ASSIS: 2018).

A Lei 13.491/2017, ao acabar com a exigência da dupla previsão (identidade de definição penal no Código Penal Militar e no Código Penal comum), cria forçosamente um espaço na categorização desse rol de crimes que acaba de adentrar o direito militar a ser preenchido pela doutrina. Note-se que eles não podem ser tidos como crimes impropriamente militares, porquanto estes, segundo defende Jorge Cesar de Assis, “continuam a ser aqueles que estão previstos tanto no CPM como na legislação penal comum” (ASSIS: 2018), enquanto aqueles passam a ser qualquer crime previsto na legislação penal apto a atrair a competência da Justiça Militar.

Desta feita, a entrada dos novos crimes na seara penal militar, por força da alteração do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, fez com

que o doutrinador Ronaldo João Roth erigisse, como nova categoria de crimes militares, os crimes militares por extensão.

O crime militar passaria, agora, a dividir-se, segundo Ronaldo João Roth, em três categorias de crimes militares:

1) crimes militares próprios, que são previstos exclusivamente no CPM; 2) crimes militares impróprios, aqueles que encontram-se dispostos dentro do CPM mas também estão previstos com igual definição na lei penal comum; 3) crimes militares por extensão, que estão previstos fora do CPM, ou seja, exclusivamente na legislação penal.

Assim, para o autor, são chamados “crimes militares por extensão” aqueles previstos exclusivamente na legislação penal comum, isto é, no Código Penal Brasileiro e na legislação extravagante, que, “episodicamente, constituem-se crimes militares quando preencherem um dos requisitos do inciso II do artigo 9º do CPM” (ROTH: 2017, pp. 29-36). Nesse sentido, exemplifica o autor:

Nessa linha, o desvio de conduta criminal do militar – seja ele federal (integrante das Forças Armadas) ou estadual (integrante da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar) – quando abusando de suas atribuições, quando praticando crimes no exercício de suas funções, quando praticando crimes no interior do quartel, responderá por crime militar, que aqui denominamos como crimes militares por extensão, de forma que os superiores hierárquicos terão maior controle e melhores meios para apuração de responsabilidade de seus subordinados, com o rigor e a celeridade próprias das atividades militares, contando ainda com a eficiência das Justiças Militares, sem perder a qualidade (ROTH: 2017, pp. 29-36).

A intenção primordial do legislador, na análise de Ronaldo João Roth, foi a de ampliar a competência da Justiça Militar; e o aumento da relação dos crimes de natureza militar foi consequência, acrescentando-se a categoria criada por ele: os crimes militares por extensão (ROTH: 2017, pp. 29-36).

Arrisca-se dizer que a nomenclatura por ele eleita tem como *ratio* a base legal sobre a qual erguem-se os assim chamados crimes militares de extensão, qual seja, uma norma de extensão que sofreu ampliação do seu campo de aplicação, gerando a nova categoria.

Jorge Cesar de Assis mostra-se bastante concorde com a conceituação de crimes militares por extensão, de Ronaldo João Roth. No entanto, quanto à razão de ser da nomenclatura, parece entender de forma ligeiramente diferente da que se expôs supra (pelo fato de a alteração legal incidir sobre uma norma de extensão, dando ensejo a uma nova categoria de crimes militares), haja vista que o autor pergunta, após conceituar crime militar por extensão: “Extensão de quê?”; e responde “das situações previstas no art. 9º da lei penal castrense.”

Ou seja, enquanto se entende, no presente trabalho, que a denominação “crimes militares por extensão” foi inspirada na natureza jurídica da norma alterada, Jorge Cesar de Assis, ao que parece, compreende que vem do verbo estender (que forma o substantivo extensão), em razão do aumento do raio de incidência pelo qual sofreu a norma (2018).

Sabe-se que a legislação penal militar não sofre atualização frequente como ocorre na legislação penal comum, que, ao contrário, constantemente é alterada, seja para atualizar seu texto, seja para cominar penas mais proporcionais, ou até para tipificar novas condutas, tutelando bens jurídicos antes ignorados na seara penal. Ronaldo João Roth diz que a Lei 13.491/2017 vem corrigir parcialmente o lamentável esquecimento de modernização do Direito Penal e Processual Penal Militar, chamado “cochilo do legislador” (ROTH: 2017, pp. 29-36).

O fato é que a Lei 13.491/2017 finda por aproveitar o avanço da legislação penal comum e, de forma perspicaz, traz todo esse arcabouço legislativo moderno para a seara militar. A lei, em uma tacada só, atualiza todo o repositório legal do direito penal militar e isso só foi possível porque mexeu na espinha dorsal do Código Penal Militar que é o seu art. 9º.

E o efeito prático da ousadia do legislador pode ser dimensionado com a referência feita por Ronaldo João Roth ao novo rol de crimes pre-

vistos apenas na legislação penal comum, que, se praticados dentro das hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, a partir da edição da Lei 13.491/2017, ganham a possibilidade de ser processados e julgados pela Justiça Militar (ROTH: 2017, pp. 29-36).

Exemplos de crimes militares por extensão previstos em lei penal extravagante:

(...) o crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65); os crimes de tortura (Lei 9.455/97), os crimes Lei Ambiental (arts. 29/69-A); os crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03, arts. 12/21); os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, arts. 228/244-B); os crimes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03, arts. 95/110); o crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 2º); os crimes de trânsito (Lei 9.503/97) etc.

Exemplos de crimes militares por extensão previstos no Código Penal comum:

(...) tráfico de pessoas (art. 149-A); receptação de animal (art. 180-A); assédio sexual (art. 216-A); associação criminosa (art. 288); constituição de milícia privada (art. 288-A); estupro de vulnerável (art. 217-A); inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); modificação ou alteração não autorizada no sistema de informações (art. 313-B); fraude processual (art. 347) etc.

Introduzindo a temática da tipicidade nos crimes militares, Cícero Robson Coimbra Neves ensina que a tipicidade é aperfeiçoada com a “satisfação do tipo objetivo e do tipo subjetivo, constantes de um modelo tipológico imaginado pelo legislador e efetivamente positivado no ordenamento jurídico”. Aponta, em seguida, as formas de subsunção: direta, restringindo-se ao tipo penal; e indireta, que necessita de complemento normativo. (NEVES: 2014, p. 244)

Com esse conhecimento, Cícero Robson Coimbra percebe uma particularidade dos tipos penais militares, *verbis*:

(...) pode-se afirmar que todos os crimes militares que possuam idêntica tipificação na legislação penal comum (art. 9º, II, do CPM) se caracterizam por uma tipicidade indireta (ou adequação típica de subordinação mediata). É dizer que tais crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral do mesmo Códex (NEVES: 2014, p. 245).

Seguindo essa esteira, no sentido de que os crimes impropriamente militares necessitam de complementação normativa para sua tipificação (tipicidade indireta), Ronaldo João Roth atualiza o entendimento doutrinário para comportar a nova categorização dos crimes militares. Assim, sustenta que, agora, “não só os crimes impropriamente militares, mas também, a inovação que denominamos crimes militares por extensão, por conta da nova redação trazida pela Lei 13.491/17”.

Pergunta-se, então: basta que a conduta prevista como crime no ordenamento jurídico tenha ocorrido entre militares da ativa e em lugar sujeito à administração militar para ser de competência da Justiça Militar? Por exemplo, a briga entre um casal de militares da ativa que acaba em violência doméstica, em qualquer caso, será competência da Justiça Militar?

Para Ronaldo João Roth, a análise sempre será feita por critérios objetivos, verificando-se se foram preenchidos “exclusivamente os pressupostos objetivos da Lei (CPM), não sendo pertinente a exigência de critérios subjetivos, tais quais a motivação e o interesse militar”, haja vista que estes últimos já teriam sido, em suas palavras, “suplantados no tipo penal (tipicidade direta) e nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM (tipicidade indireta)”, ressaltando os crimes políticos quanto à exigência de motivação (ROTH: 2017, pp. 29-36).

Infelizmente, o doutrinador Ronaldo João Roth, quando escreveu sobre os crimes militares por extensão, não falou especificamente dos crimes de violência doméstica, razão pela qual, tenta-se responder à indagação com a vênua acadêmica e tomando emprestado os paradigmas por ele apresentados.

Assim, conclui-se, com base nos seus ensinamentos, que bastaria a configuração de uma das hipóteses do inciso II do art. 9º (critérios objetivos)

para que o crime previsto na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) atraísse a competência da Justiça Militar, sem precisar perquirir sobre o interesse militar, por exemplo.

Segue-se, do modo como o tema vem sendo exposto, a conclusão de que a análise dos crimes militares de extensão é feita em dois momentos estanques. Primeiro vê-se a classificação penal. Analisa-se se o fato é crime pela subsunção direta do fato à norma penal (tipicidade direta). Ultrapassada essa fase, inicia-se a análise da tipicidade indireta, momento adequado para verificar se o crime tem natureza militar ou não, através da incidência de uma das hipóteses do art. 9º. E aqui, segundo Ronaldo João Roth, a análise é estritamente objetiva.

Em que pese o exercício acadêmico da aplicação das premissas de Ronaldo João Roth, já se pedindo vênias para a possibilidade de equívoco na interpretação do entendimento do autor, não é crível que a ocorrência de crime previsto na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que envolva um casal de militares da ativa, e por isso amoldando-se à alínea “a” do inciso II do art. 9º, seja suficiente para atrair a competência da justiça militar, sob pena de desnaturar essa justiça especializada. Ao que parece, o *iter* construído para a análise da tipicidade dos crimes militares demandará adaptações para melhor acolher a nova categoria de crimes advinda com a Lei 13.491/2018.

Para Carlos Frederico de Oliveira Pereira, citado em artigo do jurista Jorge Cesar de Assis³, “o que importa para caracterizar o comportamento como crime militar”, nas hipóteses do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar, “não é o tipo incriminador, mas as próprias situações definidas nessa norma de extensão”. Continua o autor referenciado: “são as situações da norma de extensão do artigo 9º que definem o que realmente é atentatório à hierarquia e à disciplina militar”. Quanto às figuras típicas do Código Penal Militar, diz refletirem “apenas parcialmente a essência dos atos atentatórios aos princípios basilares de funcionamento de qualquer organização militar” (ASSIS: 2018).

³ A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações. Disponível em: www.observatoriodajusticamilitar.info. Acesso em: 2 jun. 2018.

4.3 Os crimes militares de drogas por extensão

Os crimes militares de drogas por extensão seriam aquelas condutas não abarcadas pelo art. 290 do Código Penal Militar, mas previstas em outras normas incriminadoras no ordenamento jurídico, leia-se: art. 33 da Lei 11.343.

Dispõe o art. 290 do Código Penal Militar:

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

O art. 33 da Lei 11.343/2006, por sua vez, estabelece:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O cotejo das normas permite identificar o que seriam, à luz da Lei 13.491/2017, as condutas típicas tidas por crimes militares por extensão, aqui chamadas de “crimes militares de drogas por extensão”.

Trata-se das condutas “importar” e “exportar”, estranhas ao Código Penal Militar, mas tipificadas pela Lei de Drogas. Acaso sejam elas praticadas

nas hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, por exemplo, praticadas por militar em serviço ou atuando em razão da função.

Imagine-se um militar que traficasse cocaína em aviões da Força Aérea Brasileira, para Las Palmas, nas Ilhas Canárias. Caso real processado e julgado na Justiça Federal em 2015, cuja competência foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (CC 7087[1]), com fundamento no inciso V do art. 109 da Constituição Federal, ou seja, por se tratar de crime previsto em tratado ou convenção internacional, *in casu*, Convenção de Nova Iorque sobre entorpecentes, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5/64.

Trazendo esse exemplo de tráfico internacional para o atual campo de incidência da Lei 13.491/2017, certamente a competência seria fixada em favor da Justiça Militar da União, e a pena seria a cominada na Lei de Drogas (5 a 15 anos de reclusão), e não a do art. 290 do Código Penal Militar (1 a 5 anos).

Diz-se isso porque as razões da decisão da Suprema Corte no CC 7087 não têm o condão de desnaturar o crime militar por extensão porventura configurado. O fato de ser crime previsto em tratado internacional influenciaria, em tese, na ativação da competência internacional concorrente e, apenas em uma primeira análise, na incidência do art. 109 da Constituição Federal.

É que, com a nova plataforma legislativa da 13.491/2017, vê-se necessária interpretação sistemática das normas constitucionais a fim de compatibilizar as competências constitucionais – art. 109 e art. 124 da CF/1988. Assim, fixar-se-ia a competência da Justiça Federal (inciso V do art. 109 da CF/1988) desde que não restasse configurado o crime militar, o que, *a fortiori*, reclamaria aplicação do art. 124 da CF/1988, resguardando-se, pois, a integridade e harmonização das disposições constitucionais.

Ou seja, as razões da CC 7087 não interferem nas hipóteses de incidência da Lei 13.491/2017: o crime não deixa de ser militar porque previsto em tratado internacional, porquanto aplicada a competência igualmente constitucional da Justiça Militar da União.

No entanto, há doutrinadores, como Fernando Galvão, que entendem, com o advento da Lei 13.491/2017, pelo fim da primazia do princípio

da especialidade nos casos de crimes militares de drogas e do argumento de que as normas incriminadoras são compatíveis entre si.

O fundamento do entendimento de Fernando Galvão é bastante claro: ocorrido o crime previsto na Lei 11.343/2006, em circunstância prevista em uma das alíneas do inciso II do art. 9º, o crime será militar. Logo, não cabe mais o argumento de especialidade para aplicar o art. 290 do Código Penal Militar, “pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares” (GALVÃO: 2018).

Também defende não ser possível sustentar a aplicação do art. 290 do Código Castrense com base na previsão típica e específica da realização da conduta em local sujeito à administração militar, “pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006” (GALVÃO: 2018).

Quanto aos usuários, por haver previsão tanto no Código Penal Militar quanto na Lei de Drogas, Fernando Galvão ressalta o conflito aparente a ser resolvido com a prevalência das disposições mais recentes, qual seja, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Mas adverte que, “a rigor, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de saber que a previsão típica posterior revoga a previsão típica anterior” (GALVÃO: 2018).

Comungando do mesmo entendimento, Jorge Cesar de Assis ratifica que não se pode resolver o problema da “forte rejeição à conduta do usuário de drogas no ambiente militar” com base no critério de resposta penal mais gravosa prevista no art. 290 do CPM ao usuário de drogas. E pondera que a necessidade de tutelar criminalmente a disciplina nas instituições militares deve ser feita por meio de outro tipo incriminador, como exemplifica com o crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução (art. 324 do CPM). Por assim, aduz o doutrinador que o militar usuário de drogas flagrado em lugar sujeito à administração militar pode ser responsabilizado administrativamente e, até mesmo, ser excluído da instituição militar (ASSIS: 2018).

Sobre a temática, o doutrinador Adriano Alves-Marreiros escreveu o artigo “Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017”. Nele, o autor afirma sua posição contrária à aplicação

das medidas despenalizadoras, a exemplo da Lei 9.099 e da Lei de Drogas, no âmbito dos crimes militares praticados depois da vigência da Lei 13.491/2017.

Também no aludido artigo, Adriano Alves-Marreiros investiga a incômoda indagação: “Como saber quais crimes prevalecem no confronto entre os da parte especial do CPM e os tipos penais da legislação comum?”

Encontrando a resposta a essa pergunta, também teríamos sua possível proposta de solução para a controvérsia quanto ao art. 290 do Código Penal Militar e a Lei de Drogas.

Antes, porém, elucida Adriano Alves-Marreiros que o legislador da 13.491/2017 não excluiu os crimes previstos no Código Penal Militar, “apenas acrescentou, usando a conjunção coordenativa ADITIVA ‘E’ (...)” e arremata: “como aditiva, ela faz adições e não subtrações” (ALVES-MARREIROS: 2018).

Adriano Alves-Marreiros assevera que “não foram revogados todos os crimes da parte especial do CPM não abrangidos pelo inciso I do artigo 9º do CPM” (ALVES-MARREIROS: 2018). Logo, alerta para a possibilidade de haver situações em que prevalecerão os crimes do CPM e noutras, os da legislação comum.

Sua conclusão perpassa pelo uso do critério da especialidade, haja vista que o fato de estar no CPM “não seria elemento especializante capaz de fazer com que este prevaleça sobre qualquer outro semelhante, constante da legislação comum”. Por isso, Adriano Alves-Marreiros diz ser necessário verificar, caso a caso, para, então pinçar qual seria o mais especial.

No mesmo sentido, Cícero Robson Coimbra Neves manifesta sua posição no artigo “Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017”, concluindo que “os crimes militares existentes apenas no Código Penal Militar, ou neste Código sendo tipificados substancialmente de maneira diversa da legislação penal comum, ainda são crimes militares e com subsunção marcada apenas pelos elementos típicos da Parte Especial do Código Castrense”. Por tal razão, ainda vigente o art. 290 do CPM (NEVES: 2017, pp. 23-28).

4.4 Os “Crimes Militares Extravagantes”, de Cícero Robson Coimbra Neves

Como visto, a Lei 13.491/2017 engendrou sólida e rápida produção doutrinária. A visualização de uma nova categoria de crime militar foi majoritariamente percebida.

Não obstante o presente estudo debruçar-se sobre a classificação “crimes militares de extensão”, de Ronaldo João Roth, é obrigatória a menção, ainda que em poucas linhas, de outra denominação que será igualmente conhecida, porquanto cunhada por autor de grande expressão no saber Direito Militar.

Assim, Cícero Robson Coimbra Neves, um dos primeiros doutrinadores a enfrentar a vívida Lei 13.491/2017, designa como crimes militares extravagantes os crimes acrescentados pelos tipos penais constantes da legislação penal comum que não possuem idêntica previsão no Código Penal Militar, mas enquadrados em uma das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Castrense. Chama de extravagantes porque faz referência aos, agora, crimes militares que estão tipificados fora do Código Penal Militar.

Outrossim, atribui importante efeito de natureza penal aos crimes militares extravagantes:

Tratam-se de novos crimes militares, aos quais se dará a designação, doravante, de crimes militares extravagantes, por estarem tipificados fora do Código Penal Militar, e que devem, segundo a teoria clássica, conhecer a classificação de crimes impropriamente militares, para, por exemplo, diante de uma condenação com trânsito em julgado, possibilitar a indução à reincidência em outro crime comum que seja cometido pelo autor, antes do curso do período depurador, nos termos do inciso II do art. 64 do Código Penal comum (NEVES: 2017, pp. 23-28).

O jurista cita, a título de exemplo, o crime de aborto provocado por terceiro, previsto no art. 125 do Código Penal comum, o qual não guarda

identidade no Código Penal Militar. Com efeito, se o aborto é praticado por um militar da ativa contra uma gestante, também militar da ativa, será um crime militar extravagante, nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar (NEVES: 2017, pp. 23-28).

A crítica surgida à nomenclatura “crimes militares extravagantes” emergiu em artigo específico sobre a Lei 13.491, de autoria de Jorge Cesar de Assis, para quem os novos crimes militares não podem ser considerados extravagantes, primeiro porque “o termo, no vernáculo, significa aquilo que está fora do uso geral, habitual ou comum; estranho, excêntrico” e, segundo, a despeito de localizarem-se fora do Código Penal Militar, “a ele se ligam por extensão, quando o fato delituoso for cometido por militar e se adequar a uma das hipóteses do inciso II do referido art. 9º (do Código Penal Militar)” (ASSIS: 2018).

4.5 O acolhimento constitucional dos crimes militares por extensão

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 42, preconiza a hierarquia e a disciplina como valores constitucionais a serem seguidos pelos militares dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, e, no seu art. 142, pelas Forças Armadas, na estrutura e organização das respectivas instituições militares.

Ainda no art. 142, o constituinte fixou como missão constitucional dos militares da União a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem. E no contexto da segurança pública, no art. 144, o constituinte estabeleceu como missão dos militares estaduais a de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Os comandos constitucionais de criminalização, pertinentes aos crimes militares, podem ser extraídos dos já estudados artigos constitucionais arts. 5º, inciso LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”) e 124 (“à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”).

Da mesma forma, vê-se o entabulamento constitucional do crime militar nos §§ 4º e 5º do art. 125:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Confira-se, portanto, que é a própria Constituição quem constrói a moldura que delimita a atividade do legislador infraconstitucional, no campo do direito militar. Assim o faz tanto quando traz previsão do crime propriamente militar quanto no momento em que estabelece a competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares, cuja definição atribuiu à lei ordinária.

Se é assim, os crimes militares, por comando constitucional, devem ser definidos por lei ordinária, cuja tarefa, frise-se, coube ao Código Penal Militar, inicialmente. Antes da Lei 13.491/2017, o rol dos crimes militares estava adstrito à previsão contida no diploma castrense, fosse ela de modo exclusivo ou diverso, fosse de forma idêntica ao Código Penal comum.

Essa foi a definição de crime militar determinada pelo Código Penal Militar, antes da alteração da Lei 13.491/2017, que, embora anterior à Constituição Federal de 1988, teve seu art. 9º, ora sob exame, recepcionado pela nova ordem constitucional.

Assim, para o legislador de 1969, os crimes militares eram divididos em próprios e impróprios. Os primeiros seriam os previstos no inciso I do art. 9º do Código Penal Militar (“os crimes de que trata este código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”). Os crimes impróprios, por

sua vez, eram os definidos pelo inciso II do art. 9º do Código Castrense (“os crimes previstos neste código, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados:”).

Em passos largos no tempo, o legislador de 2017 alterou o art. 9º do Código Penal Militar, de modo a ampliar o rol dos crimes militares, ultrapassando a fronteira da norma castrense, mas, ainda assim, permanecendo estritamente no patamar exigido pelo constituinte que é o da lei ordinária. A ampliação foi alcançada com abertura na tipificação do delito militar, que antes só era previsto na lei castrense, e agora passa a ter previsão na legislação penal como um todo. E como no nosso ordenamento jurídico só lei pode criar crimes, a alteração feita pela Lei 13.491/2017 está plenamente resguardada quanto à sua adequação constitucional, haja vista que os crimes militares continuam sendo definidos por lei.

Defendendo a constitucionalidade da Lei 13.491/2017, Jorge Cesar de Assis ensina em sua recentíssima obra “Crime Militar & Processo – Comentários à Lei 13.491”, publicada pela Editora Juruá:

Ora, sendo assim, o legislador da Lei 13.491/2017 não fez nada de ofensivo à Constituição Federal, apenas ampliou a abrangência dos chamados crimes militares. A definição *ex vis legis* de crime militar continua sendo a mesma, o aumento dos crimes militares que podem ser cometidos pelos integrantes das Forças Armadas e Forças Auxiliares decorreu, unicamente, do fato de que, agora, desde que previstos nas hipóteses do art. 9º do CPM, crimes militares em tempo de paz constituem, os previstos neste Código e, também os previstos na legislação penal. Se vai ser bom ou não, só o tempo dirá. Mas nada existe de inconstitucional. (ASSIS: 2018)

Os novos crimes militares, chamados crimes militares por extensão, por surgirem com a alteração do Código Penal Militar, não encontram óbice no texto constitucional, ao contrário, dele tiram seu fundamento de validade.

Em um texto muito conciso e ao mesmo tempo robusto na análise, intitulado “Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes

militares”, Fernando Galvão leva o leitor a uma perspectiva inovadora na relação Direito Penal Militar e Constituição Federal de 1988: os princípios da hierarquia e da disciplina são previstos na Constituição Federal de 1988 como pilares organizacionais das instituições militares para fins de cumprimento de suas missões constitucionais, mas que não constituem um fim em si mesmo (GALVÃO: 2017).

Com isso, o autor adverte que não podem os Juízes da Justiça Militar transformarem a hierarquia e disciplina em missão constitucional (fins), pois são princípios organizacionais (meios). E finaliza, de modo preciso, dizendo que se inserem no contexto do Estado Democrático de Direito o “sistema constitucional brasileiro, as instituições militares, os serviços que tais instituições prestam à sociedade brasileira, o Direito Penal Militar e a Justiça Militar” (GALVÃO: 2017).

Por mais esse motivo, vê-se que não há óbice constitucional para que os crimes militares por extensão sejam previstos na legislação penal comum, pois a tutela do direito penal militar vai muito além dos valores da hierarquia e disciplina, alcançando os “bens jurídicos portadores de dignidade penal” (GALVÃO: 2017).

Atualmente, válido registrar, tramitam duas ADIs no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento, que discutem a constitucionalidade da norma: a ADI 5804, interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL); e a ADI 5901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ambas com o fim de questionar os dispositivos do Código Penal Militar que foram inseridos pela Lei 13.491/2017.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu uma análise histórica da origem do crime militar sob um viés diferente, pois trabalhou a existência do crime militar no curso da história através da previsão das penas na antiguidade, valendo-se, para tanto, de aprofundado estudo realizado pelo doutrinador Chrysólito de Gusmão, em obra rara datada de 1915.

Em seguida, enfrentou-se a densa controvérsia doutrinária quanto à classificação dos crimes militares, partindo da Constituição Federal seguidas das concepções eleitas pelos doutrinadores para apresentarem as respectivas categorias de crime. A pesquisa foi consubstanciada em doutrina clássica e moderna do direito penal militar, o que permitiu vislumbrar-se o todo no espaço e no tempo, verificando a mudança de pensamento dos autores contemporâneos, bem como a continuidade das premissas sólidas dos autores mais clássicos.

Foi contextualizada a nova categoria de crimes militares criada pelo doutrinador Ronaldo João Roth, denominada crimes militares por extensão, com exposição dos seus principais fundamentos e características.

Por advir essa nova categoria de crime com a edição da Lei 13.491/2017, que alterou o art. 9º do Código Penal Militar, o estudo sobre os crimes militares por extensão exigiu amplo enfrentamento do debate jurídico que foi iniciado sobre o alcance e conteúdo da alteração legislativa.

Nessa senda, a pesquisa abriu espaço para a análise dos crimes militares de drogas por extensão, por ser matéria de grande repercussão e incidência no mundo jurídico, necessitando, portanto, uma rápida proposta doutrinária de interpretação da norma.

Fez-se constar breve apresentação de outra nomenclatura (crimes militares extravagantes, em razão de o seu autor ser doutrinador de grande referência no direito penal militar brasileiro).

Quanto à construção pela doutrina do regramento doutrinário a orientar os aplicadores do direito, este certamente aperfeiçoar-se-á com o tempo, à medida que a norma vai sendo aplicada nos casos concretos e os tribunais superiores forem enfrentando a matéria, saneando as controvérsias.

Pelas cartas até agora colocadas na mesa pela doutrina, difícil crer que saiam incólumes a futuras mudanças de entendimentos, a exemplo dos crimes de violência doméstica. Ora, não é crível que a ocorrência de crime previsto na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que envolva um casal de militares da ativa, e por isso amoldando-se à alínea a do inciso II do art. 9º,

atrairá, de per si, a competência da justiça militar, sob pena de desnaturar essa justiça especializada com o decurso do tempo.

Ao que parece, o *iter* construído para a análise da tipicidade dos crimes militares demandará adaptações para melhor acolher a nova categoria de crimes advinda com a Lei 13.491/2018, os crimes militares por extensão.

Conclui-se com o presente trabalho que os novos crimes militares por extensão, criados a partir da edição da Lei 13.491/2017, tiveram ampla acolhida constitucional, de modo a apresentarem-se consentâneos com os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/08/codigo-penal-militar-perguntas-e-respostas-sobre-mudanca-trazida-pela-lei-13-4912017/>. Acesso em: 2 jun. 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. *A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações*. Disponível em: www.observatoriodajusticamilitar.info. Acesso em: 2 jun. 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ASSIS, Jorge Cesar de. Crime militar e crime comum. Conceitos e diferenças. *Caderno Jurídico - Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, n. 3, v. 6, a. 3, 2004.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime Militar e Processo – Comentários à Lei 13.491*. Curitiba: Juruá, 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2007.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar: Teoria do Crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GALVÃO, Fernando. *Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares* – por Fernando A. N. Galvão da Rocha. 27 novembro 2017. Disponível em: www.emporiododireito.com.br. Acesso em: 2 jun. 2018.

GALVÃO, Fernando. *Novos crimes militares de drogas*. 12 janeiro 2018. Disponível em: www.observatoriodajusticamilitar.info. Acesso em: 2 jun. 2018.

GUSMÃO, Chrysólito de. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

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

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17). *Revista Direito Militar*, 126, Florianópolis: AMAJME, 2017, pp. 29-36.

SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal*. 6. Edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. Esse tal crime propriamente militar. Busca de um conceito. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 23, Brasília: Ministério Público Militar, 2013, pp. 9-26.

Artigos de temas variados

As obrigações processuais penais positivas – segundo os precedentes das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos

Frederico Valdez Pereira

Juiz Federal

Doutorando em Processo Penal na Università degli Studi de Pavia/Itália

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa/Portugal

Especialista em Direito Penal Econômico pela Unisinos/RS

Professor de Direito Processual Penal

Douglas Fischer

Procurador Regional da República na 4ª Região

Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Garantismo Penal integral – 3 Os mandados de proteção de direitos e deveres fundamentais à luz da Constituição e das regras convencionais – 4 Os fundamentos das obrigações processuais penais positivas no âmbito das Cortes Supranacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a repercussão no ordenamento interno brasileiro – 5 A dualidade estruturada e indissociável das garantias subjetivas e objetivas do processo e o princípio da celeridade – 5.1 Dois casos concretos decididos no âmbito da CIDH – 5.2 A prescrição como violação das obrigações processuais penais positivas – 7 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto é derivado da obra *As Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*¹, publicada em março de 2018. A finalidade do presente texto é apresentar uma síntese das principais ideias desenvolvidas na referida obra, daí a razão de muitas expressas citações no corpo do texto, procurando-se manter a originalidade do que defendido.

Em resumo, procurar-se-á demonstrar que há inúmeros precedentes das Cortes supranacionais de direitos humanos que, por interpretação das respectivas convenções (e como decorrência também das próprias previsões constitucionais internas), reconhecem a existência de *expressas obrigações processuais penais positivas* que consistem, em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar *também* o plexo de garantias protegidas das vítimas e da coletividade em geral.

2 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Antes de adentrar na compreensão do tema central das *obrigações processuais penais positivas*, fundamental uma breve incursão no tema do *garantismo penal integral*². Conforme destacamos na obra, o tema do garan-

¹ PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

² *Sintetizando, [...], embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos,*

tismo ainda traz muitas discussões, especialmente porque, compreendemos, de um modo geral na América Latina (mas especialmente no Brasil), que o pensamento atrelado às ideias filosóficas do Professor Luigi Ferrajoli merece uma devida análise crítica e, sobretudo, uma contextualização histórica. Reafirmamos incondicionalmente que aderimos a muitas de suas ideias, mas, como se verá mais adiante, o garantismo é *dinâmico*, uma “obra inacabada” (pautada no dever-ser), que está, em verdade, em constante aperfeiçoamento. Exatamente por isso é que se defende que o garantismo deva ser compreendido de forma *integral*, não apenas pelo prisma originário de defesa exclusiva de direitos fundamentais de primeira geração, de imposição de limites de atuação do Estado.

A compreensão de que o *garantismo* deveria proteger *exclusivamente* direitos fundamentais de primeira geração tem gerado, em nossa compreensão, verdadeira desproteção sistêmica. É dizer: sem racionalidade (para não dizer *sem fundamentação*), protegem-se *exclusivamente* direitos individuais fundamentais sem que se note uma consideração dos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é proporcional) e a teoria do garantismo penal integral (em nossa compreensão) expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior. Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável”. Fischer, Douglas. Garantismo penal integral [...] e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina 4ª Região, v. 28, p. 1, 2009. Também em Revista do Núcleo Criminal da PRR 1ª Região – Brasília, v. Ano 2, p. 16-17, 2009. Também em Revista de Doutrina 4ª Região, v. 28, p. 1, 2009.

Como salienta Prieto Sanchís (PIETRO SANCHÍS, 2005, p. 41), Ferrajoli siempre insistió que el paradigma garantista

es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la otra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente.

Desde ya es importante destacar que existen

garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. (CARBONELL, 2005, p. 182)

A equação pode parecer complexa, mas na raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivos) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Adolfo Bidart é preciso quando sustenta que

la mera formulación de los derechos humanos" [...] revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos, que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación. (BIDART, 2006)

A Constituição Federal brasileira é (integralmente) *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos no sentido de que a teoria garantista *não* existe *apenas* para proteção exclusivamente de interesses e direitos fundamentais individuais.

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá assentar-se sobre fórmulas rígidas e pela simples análise *pura* (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição).

A compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação *sistemática* (por isso *integral*) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (*o novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes *também* (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrais* do sistema garantista.

De relevo o que diz Perfecto Andrés Ibáñez, para quem se deve analisar a existência atualmente de um

garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio.

Bastante incisiva e objetiva, a advertência de Miguel Carbonell é no sentido de que a *teoria garantista* de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um *paradigma inacabado*, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão (CARBONELL, 2005, p. 171). E realmente

é inacabado, pois seria impossível conceber-se ideais desse jaez estanques no tempo e no espaço, sem a devida contextualização na realidade atual, que gera um constante (re)ajuste de todos os valores protegidos constitucionalmente. A sua base – sobretudo por razões históricas – é fundamental. Mas demanda a devida adaptação.

De certa forma Ferrajoli parece aceitar a crítica construtiva de Carbonell ao admitir expressamente que

el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y nó solo estatal. (FERRAJOLI, 2006, p. 113)

Compreendemos que *todos* os direitos fundamentais equivalem a *vínculos de substância*, que, por sua vez, *condicionam a validade da essência das normas produzidas (e também nas suas aplicações)*, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito. (FERRAJOLI, 2004, p. 152)

Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia *também* aos cidadãos (*sem descuidar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos*) diante das eventuais violações que eles vierem a sofrer. É exatamente por isso que Miguel Carbonell refere que “en el modelo del Estado social los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social” (CARBONELL, 2005, 179).

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*.

Como *mais um* imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos *subjetivos individuais e coletivos*) não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na *devida apuração* (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. Nesse diapasão, calham ao caso novamente as considerações de Miguel Carbonell, quando assenta que

la obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.(CARBONELL, 2005, p. 194)

Especialmente em terras brasileiras é preciso reconhecer a premissa de que os direitos fundamentais *não contêm apenas uma proibição de intervenção*, possuindo também o denominado *postulado de proteção*. Como reconhece Canaris, não existe unicamente uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Enquanto a Proibição de Excesso (*übermaßverbot*) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de *primeira geração*), a Proibição de Proteção Deficiente (*untermaßverbot*) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

Em complementação, é exatamente o que diz Carlos Bernal Pulido, quando destaca que

la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradi-

cional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan. (BERNAL PULIDO, 2005, p. 126)

Na sequência de sua doutrina³, destacando que

el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros”, enfatiza que “el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. [...] La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el *Untermassverbot*) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces

³ Aplicável integralmente não só ao controle das ações do legislador, mas a todos os Poderes.

desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. [...]
(BERNAL PULIDO, 2005, pp. 139-142)

De igual modo, complementamos, é dever de todos os Poderes vinculados à existência de um Estado Social e Democrático de Direito a adoção de todos os meios que, sem desproteger direitos fundamentais de *primeira geração* (*garantismo negativo*), maximizem a proteção dos demais direitos e deveres impostos constitucionalmente como essenciais, equilibrando-se a balança do sistema por intermédio do denominado *garantismo positivo*. Noutras palavras, o garantismo positivo se caracteriza como um *dever de proteção* (*de ação*) que implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (embora, repise-se, a teoria garantista na ideia de Ferrajoli não se pauta por análise dos subprincípios da “proporcionalidade”). Portanto, é fundamental compreender que o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permitiu também a elaboração dos deveres de proteção, justificando a obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 33).

Já dissemos anteriormente que

quando se defende que sejam aplicados na íntegra e de forma concatenada os postulados constitucionais, está-se procurando demonstrar que o garantismo nada mais é do que a visão atual do constitucionalismo (exatamente como reconhece Ferrajoli): há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de todos os direitos e deveres existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais individuais (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente⁴⁹.

⁴ No dia 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, ao final de sua exposição, Ferrajoli foi indagado como poderia ser *conformada* ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão

Assim, complementamos,

o que se pretende é buscar a compreensão do garantismo penal que se considera mais adequada (e de algum modo recepcionada pelas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos) pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável). (PEREIRA; FISCHER, 2018. p. 29)

Reportando-se a Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2003, p. 57), enfatizamos nossa compreensão de que

processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico. Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, é possível inserir entre as mais relevantes elaborações nos Estados Sociais e Democráticos de Direito do pós-guerra a noção de que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado. (PEREIRA; FISCHER, 2018. p. 32)

política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição. De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que seria perfeitamente possível a *conformação* (utilizando a expressão da indagação que lhe foi feita), pois o garantismo defendido por ele traz em seu bojo, à luz de (todos) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a *obrigação* de o Estado agir (denominadas *obrigações positivas*) para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza, não podendo serem invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais. Nessa linha, inclusive, em capítulo adiante visto será destacado o tema da prescrição à luz de cortes internacionais.

3 OS MANDADOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DAS REGRAS CONVENCIONAIS

Seguindo ainda na linha que argumentamos na obra originária do tema ora abordado (PEREIRA; FISCHER, 2018. p. 40), segundo destaca Canotilho a abertura, incompletude e imperfeição são as características de uma Constituição (CANOTILHO, 2001, pp. 116 e 88-89) (também do ordenamento convencional, dizemos nós), especialmente a “abertura material, a abertura ao tempo, que é um dos topoi centrais da moderna teoria da constituição”. Ainda na senda de Canotilho, cumpre gizar que

uma das concepções que parece lograr mais sufrágios na moderna juspublicística é aquela que pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do Estado Democrático-Constitucional: (1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais caracterizadores do Estado e da sociedade; (2) a abertura constitucional, porque, não obstante a constituição ser uma ordem material, ela deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas, portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais.

Nessa mesma linha, é fundamental ter como concepção a doutrina de Coello Nuño (COELHO NUÑO, 2005, pp. 111, 116 e 290), que assenta que toda Constituição aberta que sempre será dinâmica devido ao necessário movimento da força das sociedades, cambiantes por natureza, e os conteúdos e valores constitucionais serão aperfeiçoados mediante a interpretação e aplicação do ordenamento maior.

Dizemos em complemento que “a constitucionalização somada à convencionalização dos princípios processuais de justiça exige significativa mudança na postura dogmática dos intérpretes e aplicadores do direito também no âmbito da análise sobre a organização do procedimento judicial”,

pois a “estrutura, as reformas e os temas relevantes do direito processual devem ser estudados a partir da interação entre os princípios e valores compartilhados constitucional e convencionalmente, inclusive, conforme adverte Trocker, permitindo o diálogo com a jurisprudência no terreno da legitimidade constitucional e convencional verificada em concreto”. Mais especificamente no âmbito penal, “é necessário evidenciar de que forma a jurisprudência se orienta na tarefa de solucionar o conflito imanente entre indivíduo e autoridade, que se concreta no balanceamento do dever de garantir *l’inquisito e nel contempo la difesa sociale*” (PEREIRA; FISCHER, 2018, 42).

Reafirmamos a compreensão de que não há dúvidas de ser necessário haver um modelo de processo penal justo, afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual. Porém – e aqui é o ponto fundamental compreender –, é necessário que as lentes estejam focadas não apenas nas pautas normativas domésticas, restritas a um dado ordenamento jurídico. O foco deve-se ampliar de modo a contemplar as convenções e demais fontes supranacionais que tratam sobre direitos humanos e jurisdição penal. Assim, na “busca de soluções sistematicamente melhores, ao desenvolver a hierarquização dos princípios, regras e valores, o intérprete deve estar imbuído em seu espírito da prudência e da necessidade de agir com temperança”, devendo também “considerar a premissa de que não existem princípios, regras ou valores absolutos, atentando para o fato de que essa relativização não significa debilidade, ao contrário, demonstra o fortalecimento mútuo dos princípios, bem como de suas dimensões” (PEREIRA; FISCHER, 2018, 43).

Diante de tais premissas, há se ver que as fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela dos direitos humanos – *o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil* – devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, gerando *uma obrigação* aos juízes domésticos de aplicarem o ordenamento jurídico interno de maneira conforme *também* ao direito supranacional, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de

uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes. Assim, uma “melhor interpretação” deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

Exatamente por isso que sustentamos que os direitos e os deveres fundamentais possuem uma conexão indissociável.

Deveres fundamentais – pouco considerados especialmente na doutrina nacional – são objeto de incisiva advertência de Zagrebelsky, para quem

son los deberes de todos hacia los demás los que estan destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas la categoria dominante es la de los deberes, no la de los derechos. (ZAGREBELSKYY, 2005, p. 95)

Segundo Casalta Nabais, os deveres fundamentais se caracterizam como deveres jurídicos do homem e do cidadão, que, por fixarem a posição fundamental do indivíduo, “têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos” (NABAIS, 1998, p. 64).

Portanto, enquanto os direitos fundamentais se traduzem em situação de prevalência do indivíduo face ao Estado (verdadeiras posições jurídicas ativas dos cidadãos em relação ao Estado ou comunidade), Nabais atribui uma função passiva aos deveres. Eles se apresentam como posições subjetivas, porque são atribuídos ao indivíduo pela própria Constituição, vinculados com a organização política e/ou econômica do Estado.

Tais como os direitos, os deveres fundamentais encontram seus suportes e suas justificativas nos princípios norteadores dos sistemas vigentes, notadamente o constitucional, que são os locais onde vêm expressos os valores de cada sociedade. Essa a razão pela qual sustentamos que “vez por todas há de se superar a concepção tradicional (liberal) de que existem (uni-

lateralmente) apenas direitos fundamentais de primeira geração”. É preciso compreender também que os

deveres fundamentais são, portanto, posições que se traduzem como quotas-partes constitucionalmente (por isso, deveres materialmente fundamentais) exigidas de cada um e, conseqüentemente, do conjunto dos cidadãos para o bem comum.

Como defende conclusivamente Nabais (embora tratando de tema específico, mas que é geral o suficiente para sua aplicação a todas as demais categorias),

não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fática dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como demonstra a sociedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático [...] Em suma, os direitos e deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de ‘conexão funcional’, que, por um lado, impede o exclusivismo ou a unilateralidade dos direitos fundamentais, como em larga medida aconteceu durante a vigência do estado de direito liberal em que um tal entendimento tinha subjacente a concepção dualista do estado então dominante e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objectivo constitucional da liberdade. (NABAIS, 1998, p. 119-120)

Assim, defende-se que a todos os direitos apresentam-se correlatos e necessários deveres constitucionais, de modo que não se imagina o desenvolvimento de um pensamento jurídico que não leve também em consideração essa dupla face interligada e conexa de preceitos, estejam ou não explícitos nos princípios, regras e valores constitucionais. Crê-se que os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades.

De uma forma mais clara ainda: a violação dos deveres fundamentais ou das disposições que venham a afastar ou prejudicar a realização deles (e dos correlatos direitos fundamentais, direta ou indiretamente) na melhor medida (deficiência) tem como consequência a mesma dimensão daquela decorrente de violação dos direitos fundamentais.

Sobre todas essas considerações, a amálgama se faz com a ponderação da dignidade da pessoa humana, que deve ser tida como vetor de determinação para a proteção de direitos e deveres fundamentais.

É certo que a dignidade humana não foi incluída no rol dos direitos e das garantias fundamentais, mas, pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática. Igualmente relevante destacar que em nossa compreensão *não há um direito fundamental à dignidade* da pessoa humana como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária. Ancorado no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, Fernandez Segado destaca que

si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional [também ao brasileiro] la dignidade de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos.(FERNANDEZ SEGADO, 2006, p. 25-26)

Portanto, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e considerada como *mandado de otimização*, ordenando algo que deva ser realizado na melhor medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas.

Defendemos abertamente que “a dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas) do sistema vigente, vinculando e obrigando todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas”. Ou, como expressamente reconhece Adolfo Bidart (antes referido),

os direitos e deveres fundamentais (aí inclusos os de o Estado agir positivamente) estão postos na mesma hierarquia constitucional, concluindo que os direitos humanos em cada homem requerer, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base, de deveres de igual hierarquia e significação. (PEREIRA; FISCHER, 2018, pp. 53 e 55)

4 OS FUNDAMENTOS DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS NO ÂMBITO DAS CORTES SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais a respeito da garantia dos direitos humanos no sentido de existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (*obrigação “de meio”*). Em síntese, sempre estiveram em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga) a proteção dos interesses das vítimas, seus parentes ou coletividade em geral. Isso não poderia nem deveria causar maiores indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles relacionados com os autores de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade.

Deixamos bem exposto que essa perspectiva internacional gera efeitos significativos no quadro legal nacional ao ensejar preocupação com a eficácia da jurisdição penal e a proteção da vítima.

Deixamos indelévelmente assinalado na obra já referida alhures – para que não parem dúvidas eventuais acerca dessa questão – que,

partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 59)

É fundamental realçar ainda que ambas as convenções (Interamericana de Direitos Humanos e Europeia) possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades reconhecidos. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses direitos.

Tais considerações vem ao encontro do que corretamente destaca em doutrina nacional Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para quem “as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares”, bem assim que a proibição do retrocesso de direitos fundamentais encontra sede, entre outros, “no princípio da proporcionalidade, compreendido como inclusivo da vedação à proteção insuficiente” (GONÇALVES, 2007, pp. 160 e 168).

Reafirmamos incondicionalmente que, naqueles casos em que se faça presente a denominada *dignidade penal* (conformidades constitucional e também convencional), o sistema penal deve ser visto como instrumento de tutela dos direitos e das liberdades públicas. Assim, pontuamos expressamente que se estabelece uma

complementação na relação possível entre direito penal e os direitos fundamentais, uma vez que esses últimos deixam de ser concebidos apenas como limites à atividade punitiva estatal, para serem entendidos também como fundamentos, enquanto objeto de defesa, da atuação penal e processual penal. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 61)

É-nos absolutamente tranquilo afirmar que as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais exigem dos sistemas jurídicos domésticos a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo (identificando-se nítida hipótese de prevenção geral). Portanto, fica muito claro que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos também nas Convenções.

Não custa lembrar (especialmente aos mais desavisados) que,

conquanto as Convenções europeia e interamericana de direitos humanos não mencionem explicitamente a vítima dos crimes, na jurisprudência das respectivas cortes supranacionais, sobretudo no âmbito do Tribunal de Estrasburgo, mas também no Tribunal de San José, a tutela da vítima é tema recorrente e digno da máxima atenção. Em particular, o reconhecimento das obrigações processuais penais positivas relacionadas à tutela das pessoas ofendidas é cada vez mais frequente nas sentenças da Corte europeia de direitos humanos. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 69)

Refira-se ainda que, em ambas Cortes supranacionais, são encontrados julgados com expressa fundamentação no sentido de existir um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos como única forma de evitar a impunidade, tentando-se evitar também a reiteração de condutas lesivas e o desamparo das vítimas e seus familiares.

O processo deve ser adequado, idôneo na busca do esclarecimento de crimes. Porém não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, *necessariamente* (e daí a importância das considerações anteriores a respeito desse tema), os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. Mais objetivamente: o processo penal deve ser compreendido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal (daí a compreensão integral que se fala).

Significa que, para cumprir com as exigências decorrentes da proteção de (todos) os direitos previstos convencionalmente, “os sistemas jurídico-penais internos devem predispor estrutura de atuação e mecanismos adaptados a prevenir, coibir e sancionar efetiva e eficazmente as lesões verificadas” (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 82). É que,

uma vez constatada a possibilidade concreta de ofensas a direitos penalmente tutelados pelas convenções internacionais de direitos humanos, é necessário que as autoridades jurisdicionais e de polícia busquem efetivar a punição dos autores de delitos, mediante a identificação adequada do fato e dos responsáveis em procedimento conduzido de forma aprofundada, diligente e ágil, caracterizado por um esforço autêntico e aplicado na reconstrução dos fatos e na identificação das responsabilidades. (PEREIRA; FISCHER, 2018, pp. 82-83)

Exatamente por conta dessas questões e decisões das cortes supranacionais é que, em âmbito nacional, jurisprudencialmente, estabeleceu-

-se como requisito fundamental para haver o denominado Incidente de Deslocamento de Competência – IDC a “demonstração inequívoca da total incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas às ocorrências de grave violação aos direitos humanos”, sendo que “no momento do exame dessa condição devem incidir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estes que, embora não estejam expressamente positivados, já foram sacramentados na jurisprudência pátria”. A 3ª Seção do STJ explicitou que os requisitos do incidente de deslocamento de competência são três:

a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. – de o Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. (IDC n. 1/PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005)

Com especial referência no sentido de que para haver o deslocamento

deve haver demonstração inequívoca de que, no caso concreto, existe ameaça efetiva e real ao cumprimento de obrigações assumidas por meio de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal.⁵

Por todas essas razões é que sustentamos, em apertada síntese, que

as obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados

⁵ Incidente de Deslocamento de Competência n. 5-PE, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 13.8.2014, publicado no DJ em 1º.9.2014.

Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 85)

5 A DUALIDADE ESTRUTURADA E INDISSOCIÁVEL DAS GARANTIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Em terras brasileiras, normalmente a abordagem que é feita quando se fala de processo penal – e das respectivas “garantias” que o circundam e sustentam – é que estaria associado à necessidade de proteção *exclusivamente* dos direitos fundamentais do réu. Entretanto, destacamos na obra em referência no presente texto que os interesses compreendidos no complexo procedimento processual penal se dividem em dois grupos (que se complementam entre si): um relacionado ao esclarecimento dos fatos e da correta prestação jurisdicional; outro relativo aos direitos subjetivos, de defesa e de dignidade dos imputados.

É com base nessa dualidade de significados das garantias do processo que costuma se identificar na doutrina uma duplicidade de perspectivas nos dispositivos que orientam a disciplina da jurisdição penal.

As garantias objetivas são aquelas relativas à correta atuação da jurisdição no processo. Já as garantias subjetivas estão relacionadas – como é intuitivo – à tutela daquelas que são submetidos ao processo.

É preciso deixar claro que não há dúvida alguma que as convenções internacionais explicitamente impõem a preservação das garantias processuais sob a ótica da proteção dos direitos individuais dos processados. Entretanto, em sentido complementar, destacamos que “a perspectiva do direito interno não se limita apenas a defender os interesses subjetivos das pessoas submetidas ao processo, mas volta-se também a resguardar o correto desempenho do poder jurisdicional” (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 94),

impondo-se uma verdadeira salvaguarda do processo como instrumento relevante na busca da justiça.

O ponto central que precisa ser enfatizado é que nenhuma das perspectivas de proteção pode excluir a outra. Não há nenhuma antítese entre as garantias da jurisdição e a exigência de duração razoável do processo, muito menos uma tentativa de “limitar” as garantias processuais subjetivas. O que se defende é que deve haver uma aplicação equilibrada desses princípios (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 97).

Portanto, e voltando novamente às nossas considerações expressas,

o abuso, o excesso ou o descomedimento na utilização das garantias e estratégias processuais que podem gerar conflito entre forças com sentidos opostos na dinâmica processual, e, com isso, a necessidade de se equilibrar concretamente esses valores mediante o uso de técnica embasada na ponderação, justamente porque desbordaram da finalidade de justiça e correção na atuação jurisdicional. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 99)

Como destacam Pacelli e Fischer,

o princípio da ampla defesa não se compatibiliza com o que denominamos de abuso de defesa. O juiz não pode ser um mero espectador da vontade das partes, ficando inerte diante de fatos que, à evidência, dificultem a aplicação da Lei e que possam gerar a ineficiência (impunidade) do que já foi decidido pelo Poder Judiciário. Na condição de fiscal do correto andamento do processo (devido processo legal – art. 5º, LIV, CF), o juízo não pode permitir que atos camaleônicos embasem pretensão de amparo à suposta ampla defesa quando disso não se tratar. Não há como estabelecer uma fórmula para definição de estar ou não havendo o que chamamos de abuso de defesa. Só o caso concreto poderá ensejar a ponderada avaliação a ser feita pelo Poder Judiciário. (PACELLI; FISCHER, 2018, item 619.8)

Portanto, há se buscar o *equilíbrio* entre *todos os princípios* para se evitar que, em determinadas situações, o uso das *garantias subjetivas* sejam desvirtuadas para o fim de apenas dilatar o curso procedimental, evitando-se uma decisão justa de mérito (quando não a prescrição, tema adiante abordado).

5.1 Dois casos concretos decididos no âmbito da CIDH

No Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentença de 25.11.2003, série C, nº 101), notadamente, entre os parágrafos 204 e 211 do julgado, encontram-se preciosidades argumentativas que pouco são noticiadas de forma mais clara no Brasil.

Trata-se de um caso envolvendo uma vítima de homicídio (Myrna Mack Chang) ocorrido em 11 de setembro de 1990, decorrente de uma operação de inteligência militar. Firmou-se explicitamente que o Estado da Guatemala

no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable.

Reconheceu-se que a *adoção de procedimentos recursais descabidos e protelatórios* no âmbito do processo penal

aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales. Este Tribunal considera que el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios (parágrafo 207).

Afirmou-se que essa

manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables (parágrafo 209).

Considerou-se, ainda, que

los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial” (parágrafo 210)

Concluindo-se que esse tipo de procedimento

conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones” (parágrafo 211).

Em sentença de 15 de março de 2018, o Brasil sofreu outra condenação da CIDH, no conhecido *Caso Vladimir Herzog*⁶. A Corte analisou a responsabilidade internacional do Estado com base nas obrigações internacionais derivadas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana

⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em: 31 jul. 2018.

para Prevenir e Punir a Tortura, relativamente à ausência de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. Concluiu-se – e nesse ponto a questão importante que reflete no tema ora sob debate – que a obrigação de investigar e, nesse caso, julgar e punir os responsáveis adquire particular importância ante a gravidade dos delitos cometidos e a natureza dos direitos lesionados. Mais que isso, reconheceu-se que o Brasil assumiu obrigações internacionais de prevenir e punir crimes dessa natureza, reafirmando que “o Estado deve conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as respectivas responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha” (parágrafo 371).

Portanto, para cumprir os mandados impostos constitucionalmente e as obrigações assumidas internacionalmente, é dever do Estado brasileiro adotar todas as medidas essenciais para que haja uma adequada tipificação de fatos que necessitem a proteção na seara penal, bem assim que sejam adotadas providências para uma *efetiva, célere, eficaz e eficiente* apuração desses fatos noticiados, responsabilizando-se os agentes criminosos.

5.2 A prescrição como violação das obrigações processuais penais positivas

Os mecanismos de prescrição que simplesmente impedem a reação sancionatória exigida perante ofensas a bens jurídicos fundamentais, em razão da desmedida duração do processo, contrariam a efetividade da resposta penal necessária segundo os padrões internacionais de tutela dos direitos humanos. Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana reconhecem a incompatibilidade do esvaziamento da prestação jurisdicional em razão de transcurso de prazo prescricional quando se tratar de graves violações do direito à vida e quando se estiver diante de tortura e tratamentos desumanos. É importantíssimo deixar bem claro desde logo que esses entendimentos não significam um *atestado genérico de incompatibilidade* da previsão do instituto da prescrição, pois é fundamental existir o instituto como

preservação da segurança jurídica, devendo cada ordenamento interno fazer a sua regulamentação quanto ao tema. Em verdade, o problema não está na prescrição em si, mas na falta de diligências ou celeridade nas apurações ou de processos sancionatórios decorrente de atrasos ou delongas injustificáveis.

Como expressamente manifestamos,

é possível se reconhecer um princípio geral de que a duração razoável do conjunto do procedimento penal é requisito inerente às exigências de efetividade e adequação da reação estatal perante violação dos direitos humanos, inclusive como forma de evitar a descontinuidade do procedimento penal pela prescrição (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 112)

Sendo que

a exigência de presteza no prolongamento do processo na entrega definitiva da resposta penal deve ser compreendida como uma garantia direcionada à preservação de todos os interesses envolvidos no juízo, o que inclui o acusado, as vítimas do delito, e a própria confiança pública no Estado de Direito, o que depende, decisivamente, da eficiência e da qualidade do exercício da função jurisdicional, principalmente quando se estiver diante de ofensa a direitos individuais tutelados internacionalmente. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 113)

6 EXIGÊNCIAS PROCESSUAIS COMO OBRIGAÇÕES DE MEIO E NÃO DE RESULTADO

Muito importante ainda explicitar que as obrigações processuais penais positivas não se qualificam como de *resultado*, mas sim de *meio*. Assim, há se direcionar os meios de investigação para a apuração dos fatos de forma eficiente, tendo uma aptidão para o esclarecimento dos fatos e imposição de penas aos eventuais responsáveis.

A exigência, portanto, é de que as autoridades realizem o percurso necessário e adequado para a pesquisa e coleta da prova que tenham condi-

ções de, ao final, revelar como os fatos aconteceram e, se for o caso, a partir do que apurado, sejam os autores dos ilícitos responsabilizados criminalmente em tempo razoável. Por outro lado,

as exigências processuais relacionadas às garantias de defesa dos imputados podem, com base na mesma lógica acima, ser consideradas como obrigações de resultado, indicando que não basta apenas um esforço ou comprometimento dos agentes públicos e sujeitos processuais na sua preservação, é necessário que se alcance efetivamente o *standard* de proteção imposto pelas garantias defensivas e de dignidade humana. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 148)

Reafirmamos sempre a necessidade de se manter o equilíbrio no sistema de justiça penal entre os direitos de defesa e da dignidade humana. Não há como imaginar um sistema de justiça de proteção aos direitos e liberdades fundamentais sem que se faça, ao mesmo tempo, a devida proteção de todos os demais direitos previstos constitucional e convencionalmente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não temos dúvidas em (re)afirmar que é preciso superar a ideia de que o Estado deve ter apenas limites em sua atuação. Há imposições de ações positivas (*garantismo positivo*). A justiça penal reclama uma efetiva atuação do Estado para a proteção de todos os direitos fundamentais. Há sim uma dupla função de proteção de direitos humanos:

proteger os direitos do homem está umbilicalmente ligado à adoção de ações positivas direcionadas a prevenir e sancionar com eficiência as ofensas que eventualmente lhes podem ser direcionadas, buscando-se sempre um equilíbrio nas relações entre todos os direitos e deveres fundamentais. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 151)

Desse modo, para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico (e não apenas aqueles de *proteção de direitos individuais de primeira geração*) são verdadeiras guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Portanto, é essencial visualizar que os deveres de proteção (garantismo positivo) decorrem do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, impondo-se uma *obrigação de proteção* desses direitos protegidos constitucional e convencionalmente. Significa que

nos termos aqui utilizados, e tendo por inspiração principal a jurisprudência mais desenvolvida do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, trata-se de verdadeira obrigação imposta aos Estados-Membros de conduzir mecanismo penal apto ao esclarecimento dos fatos lesivos aos interesses das vítimas, havendo precedentes na mesma linha de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 154)

Procurou-se sustentar, de uma forma sintética – diante do espaço disponível –, que tanto a Convenção americana como a Convenção europeia de direitos humanos possuem inúmeras obrigações *positivas* (deveres) que consistem em exigências aos Estados Partes em adotar as medidas necessárias e adequadas para conferir efetividade à tutela de *todos* os direitos protegidos. De uma maneira mais objetiva e direta, assenta-se que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos nas Convenções, conforme inúmeros julgados indicados na obra de referência.

Com base em várias decisões de jurisprudências das Cortes supranacionais, demonstrou-se que a tutela da vítima não é apenas um tema recorrente, como central, exatamente porque existe a noção (não tão clara

ainda em terras brasileiras) de que, no âmbito criminal, o processo deve ser adequado e idôneo no esclarecimento dos fatos criminais. Daí a razão que afirmarmos que *não há* como compreender o processo penal sem levar em consideração os direitos e deveres fundamentais, pois, “ao contrário do que procuram sustentar alguns posicionamentos, a compreensão não pode ser parcial, pelo prisma exclusivo dos direitos fundamentais do investigado ou processado”.

Assim, as obrigações processuais penais positivas são deveres impostos aos Estados para que conduzam procedimentos investigativos e processo penal aptos a assegurar a punição eventual dos autores das práticas ilícitas.

Encerrando, reiteramos que os direitos humanos e as garantias individuais de cada pessoa requerem, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base constitucional de deveres de igual hierarquia e significação. Portanto, os Estados devem agir sem excessos nem deficiências, buscando a equalização e proteção na máxima medida possível de *todos os direitos* protegidos constitucional e convencionalmente.

REFERÊNCIAS

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BIDART, Adolfo Gelsi. *De Derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

COELLO NUÑO, Ulises. *La Constitución Abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 10. ed., 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKYY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

Penúria não afasta a culpabilidade no tráfico de drogas

Rogério Sanches Cunha

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

Artigo publicado no site meujuridico.com, em 2 de agosto de 2018

A Justiça Federal absolveu há alguns dias um réu acusado de ter cometido tráfico internacional de drogas. O fundamento: inexigibilidade de conduta diversa.

Segundo a sentença, o réu, um equatoriano proveniente da Espanha, foi surpreendido no Aeroporto Internacional de Brasília no momento em que transportaria mais de 5 kg de cocaína a Portugal. Interrogado, confessou o crime e afirmou que passava por severas restrições financeiras, razão por que se pôs a viajar ao Brasil, coletar a droga e embarcar em direção a Portugal, tudo em troca de dez mil euros.

O juiz considerou não ter havido o crime por exclusão da culpabilidade do agente, pois, “diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, não poderia ter agido de outro modo. Atuou com vistas a prover o sustento de sua família (esposa e filhos)”. Considerou também que o agente “foi apenas recrutado como transportador da mercadoria, ou seja, ‘a mula’, sem ter nenhum envolvimento direto com o tráfico de drogas, nem tampouco ter dimensão da ilicitude que cometia”.

A decisão, todavia, não parece acertada, com o devido respeito.

Em brevíssima síntese – que fazemos apenas para bem situar o leitor –, podemos dizer que a orientação amplamente majoritária conceitua o crime como sendo o fato típico, ilícito e culpável.

A culpabilidade – que nos interessa neste momento – é, por sua vez, composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

No campo da exigibilidade de conduta diversa, pode-se dizer que para a reprovação social não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se, ainda, que nas circunstâncias tenha a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Explica Fernando de Almeida Pedroso:

O cometimento de fato típico e antijurídico, por agente imputável que procedeu com dolo ou culpa, de nada vale em termos penais se dele não era exigível, nas circunstâncias em que atuou, comportamento diferente. Não se pode formular um juízo de censura ou reprovação, destarte, se do sujeito ativo era inviável requestar outra conduta.

Este elemento da culpabilidade é excluído pela coação moral irresistível e pela obediência hierárquica. Além disso, a inexigibilidade de conduta diversa tem servido como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

As dirimentes supraleais se fundamentam, basicamente, no fato de que a exigibilidade de conduta diversa é característica fundamental da culpabilidade, motivo pelo qual não é admissível que se estabeleça a responsabilidade penal em decorrência de comportamentos humanos inevitáveis. A inexigibilidade de conduta diversa aparece, portanto, como a válvula de escape para as dirimentes supraleais, porque se percebeu, sem muita dificuldade, que, por mais providente que seja, o legislador não consegue prever todos os casos em que será inexigível do agente outra conduta, sendo perfeitamente possível, diante das circunstâncias do caso concreto, que se revelem situações não antevistas.

Foi este, portanto, o fundamento da sentença absolutória mencionada no início. Para o juiz, o fato de o agente enfrentar uma crise financeira, em razão da qual não podia suprir todas as necessidades de sua família, impôs-lhe somente um caminho: realizar a viagem na qual transportaria a droga.

Trata-se, no entanto, de descaracterização e inadmissível banalização de algo do qual se deve lançar mão apenas em circunstâncias excepcioná-lissimas, em que se demonstre cabalmente que em determinada situação não havia possibilidade de evitar a prática do ato ilícito.

A inexigibilidade de conduta diversa jamais deve ser analisada sob prisma da saída mais fácil (comodidade). Não pode ser considerado incul-pável o agente que, em uma situação crítica, tendo a opção de se desviar do ilícito, vai a seu encontro porque essa solução lhe parece mais simples.

Culpabilidade não é (e não deve ser) tratada como algo banal, a ser descartado ao menor sinal de fatores que não obstante tendam a abalar o livre arbítrio, não o eliminam.

Em sua sempre bem-vinda lição, Francisco de Assis Toledo trata a inexigibilidade de conduta diversa como a mais importante causa de ex-clusão da culpabilidade e como verdadeiro princípio de Direito Penal. Por isso mesmo – acrescentamos –, deve ser analisada com a necessária cautela para evitar absolvições a esmo, baseadas em simples conjecturas que aca-bam resultando em tratamento benevolente a autores de condutas graves que poderiam muito bem ser evitadas, como de fato o são pela esmagadora maioria das pessoas. No mais, Assis Toledo chega

à conclusão de que não age culpavelmente – nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comporta-mento diverso.

Destaque para a expressão utilizada pelo autor: “dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência”.

Ora, se há algo que a experiência humana nos revela é que, mes-mo diante de dificuldades, a maioria das pessoas resiste a situações como aquela à qual se entregou o agente absolvido pela Justiça Federal. Afinal, quantas pessoas em situação paupérrima, mesmo miserável, simplesmente

aceitariam integrar uma rede de comércio internacional de drogas? Pouquíssimas, sem nenhuma dúvida.

A inexigibilidade de conduta diversa tem sido cada vez mais aventada na defesa de acusados da prática de determinados delitos. São recorrentes, por exemplo, pretensões de exclusão de culpabilidade no crime do art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária) sob o argumento de que crises econômicas impossibilitam o repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários. O tema tem sido tratado com rigor pela jurisprudência, que, com acerto, admite a dirimente apenas em situações de precária situação financeira:

(...) 6. Não merece acolhida a tese de inexigibilidade de conduta diversa, em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, pois não restou comprovada a precária situação econômica da empresa à época dos fatos, sendo insuficiente a prova testemunhal e os documentos trazidos. (...) (TRF3 – Apelação Criminal 61.522/SP, j. 19/06/2018)

E, note-se, a restrição se aplica mesmo diante do fato de que, no caso da apropriação, a inexigibilidade de conduta diversa é incomparavelmente mais verossímil do que na situação em que alguém se põe a transportar, por diversos países, uma mala carregada de drogas.

A conduta de tráfico transnacional, de resto, é muito grave e complexa; pressupõe ampla organização e concatenamento da parte de todos os envolvidos. Só por ingenuidade se pode inferir que alguém seja recrutado aleatoriamente, sem nenhuma relação prévia com pessoa envolvida na operação criminosa (afinal de contas, traficantes internacionais não anunciam em jornais para recrutar interessados no transporte de drogas).

Por isso, também não procede o argumento de que o transportador de drogas não tem envolvimento direto com o tráfico por ter servido “somente como mula”. Ora, a conduta de quem, numa operação internacional, transporta a droga entre os diversos países não só é diretamente ligada ao tráfico como, por motivos mais do que óbvios, é parte crucial de toda a

operação, pois, sem ela, o intento criminoso simplesmente não se perfaz em sua plenitude.

O tratamento menos severo ao transportador da droga contraria, ademais, a letra expressa da Lei 11.343/06, que, no *caput* do art. 33, equipara o transporte a diversas outras condutas como a preparação, a importação, a exportação, a guarda e a venda. Logo, o transportador é indubitavelmente um agente direto do tráfico, e como traficante deve ser tratado.

Decisões como a que acabamos de comentar devem ser desencorajadas. Não é preciso muito esforço para concluir que se trata de um imenso incentivo a práticas criminosas semelhantes, que podem ser cada vez mais intentadas diante da perspectiva de benevolência dos órgãos de justiça criminal. E criminosos – sabemos todos – são no geral movidos pela ousadia (alguém de caráter hesitante dificilmente concordaria em transportar drogas num voo internacional, nem tampouco participaria de um assalto a banco...). Se não encontra limites, a ousadia tende a se exacerbar. E se hoje admitirmos, sob a falsa impressão de que o tráfico de drogas é um crime menos grave (porque normalmente não se lança mão de violência em suas operações finais), que traficantes sejam tratados com condescendência pela simples alegação de problemas financeiros, não poderemos nos espantar quando amanhã o mesmo caminho for tomado a favor de assaltantes violentos.

Imunidades criminais dos membros de missão da paz da ONU

Juliane Rigon Taborda

Defensora Pública Federal

L.L.M. pela New York University School of Law

RESUMO: É prática comum das Nações Unidas o envio de missões de paz a países que necessitam de intervenção de um terceiro agente não estatal. Essas missões contam com a colaboração de vários países, que cedem seus nacionais, inclusive suas tropas militares, para comporem a missão e agirem sob as ordens da ONU. As missões de paz, portanto, são compostas de pessoas de nacionalidades diferentes da do país receptor. Assim, a elas se aplica um regime internacional de imunidades criminais. Por que esse regime existe? O que é uma missão de paz e como sua natureza se relaciona com o regime de imunidades criminais? Quais as bases legais no direito internacional que suportam esse regime?

PALAVRAS-CHAVES: Direito Criminal Internacional. Imunidades criminais. Missão de paz. Nações Unidas. Estrangeiro.

ENGLISH

TITLE: Criminal immunities of UN peacekeepers.

ABSTRACT: It is an ordinary practice at the United Nations to send peacekeeping missions to countries in need of an intervention of a non-state agent. These missions rely on other countries collaboration, which provide their own nationals, including their military troops, to be part of the mission and to be under the UN orders. Peacekeeping missions, therefore, are composed by persons whose nationality is other than the

nationality of the receiving country. Consequently, they are submitted to an international criminal immunities regime. Why does this regime exist? What is a peacekeeping mission and how its nature is related to the criminal immunities regime? What are the international law instruments that ground this regime?

KEYWORDS: International criminal law. Criminal immunities. Peacekeeping mission. The United Nations. Foreigner.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 As missões de paz: um breve conceito – 3 Imunidades: um breve conceito – 4 Imunidades criminais dos membros das missões de paz da ONU – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As missões de paz das Nações Unidas (ONU) são, hoje, um instrumento comum de intervenção internacional em países que necessitam de assistência. Desde 1948, a ONU enviou setenta e uma missões compostas de mais de centenas de pessoas¹. Considerando esse número, é natural concluir que nem todos os que compõem as missões comportam-se de acordo com a lei. Mais ainda, não é exagerado dizer que muitos deles cometem crimes durante o período em que são membros de uma missão de paz². Este artigo

¹ Website das Nações Unidas. Disponível em: <<https://peacekeeping.un.org/en/our-history>>. Acesso em: 30 maio 2018.

² “Devido a crescente frequência das operações de missões de paz e do crescente número de pessoal sendo enviado nas missões, alguns críticos acreditam que é inevitável que alguns membros abusem de sua habilidade de usar a força. Alguns podem também dizer que o envio nas missões de paz de militares treinados primordialmente, se não exclusivamente, para combate, contribui para a ocorrência de comportamentos ilegais.” (tradução nossa). CHALOULT, Stephanie. *From Passive to Aggressive: The Use of Force in Modern Peacekeeping*

visa analisar como as imunidades criminais internacionais moldam o sistema de responsabilização criminal e evitam a punição (ou não) dos membros das missões de paz fora dos contextos dos conflitos armados. É importante salientar que não é parte dos objetivos desse trabalho criticar a efetividade do regime das imunidades ou se os Estados, na prática, aplicam devidamente esse regime. A meta é organizar a matéria e mostrar o quadro do sistema de responsabilização criminal no âmbito internacional em que os membros de missão de paz se encontram.

Este artigo está dividido em cinco capítulos. No primeiro, a introdução apresenta a matéria e desenha um mapa geral do que será abordado. No segundo, posiciona o leitor no contexto fático através da definição do que são as missões de paz. No terceiro capítulo, traz o conceito de imunidades visando situar o leitor dentro do contexto legal no qual a análise principal vai se desenrolar. No quarto capítulo, o artigo atinge o centro do seu conteúdo e discorre sobre quais são as imunidades aplicáveis aos membros das missões de paz da ONU. Nesse capítulo, o trabalho apresenta as normas aplicáveis, seu âmbito de aplicação e sua relação com o contexto fático. Também aponta alguns casos específicos que fogem do sistema de imunidades. Por fim, o quinto capítulo apresenta a conclusão compilando as informações trazidas no corpo do artigo de uma forma mais simples e direta.

Operations and Challenges in the Laws of Armed Conflict. International Law Yearbook volume 6, p. 75-98, 2013, p. 86. Disponível em: <https://ezproxy.library.nyu.edu:12301/HOL/Page?handle=hein.journals/itnawarbo6&div=7&start_page=75&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 30 maio 2018. Texto original: “*Given the increasing frequency of peace operations and the increasing number of peacekeeping personnel being deployed, some critics believe that it is inevitable that some peacekeepers will abuse their ability to use force. Some might also say that the deployment on peacekeeping missions of military personnel trained primarily if not exclusively for combat is contributing to illegal behaviour.*”

2 AS MISSÕES DE PAZ: UM BREVE CONCEITO

De acordo com o *Pocket Card* que a ONU distribui aos membros de suas missões de paz, “nós, como membros de missão de paz, representamos as Nações Unidas e estamos presentes no país para ajudá-lo a se recuperar dos traumas de um conflito” (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 562). Parece simples de entender que as missões de paz são compostas por um grupo de pessoas especializadas que são enviadas, em nome da ONU, a um país que se encontra num estado de desorganização e instabilidade com o objetivo de recuperá-lo e fortalecer suas instituições. Contudo, o conceito não é tão simples se considerarmos dois pontos.

O primeiro é a ausência de regulamentação legal. “Não há nada na Carta da ONU que autorize explicitamente ou estabeleça Missões de Paz. Ao contrário, elas evoluíram de forma *ad hoc*” (tradução nossa) (KIHARA-HUNT, 2017, pp. 3-4). Assim, as missões de paz se desenvolveram a partir da prática da ONU ratificada pelo consentimento da comunidade internacional. Não é nem possível dizer se elas são um mero apoio ao país anfitrião e, desta forma, agem como guias, ou se são verdadeiras instituições encarregadas da reconstrução nacional com poder de submeter o Estado recebedor. Como diz a doutrina:

o termo missão de paz não é encontrado em lugar algum. Uma ferramenta flexível, foram descritas pelo ex-secretário-geral Dag Hammarskjöld como ‘Capítulo VI e meio’, colocando-as entre os mecanismos pacíficos de solução de conflitos estabelecidos no capítulo VI e as cláusulas de uso de força do capítulo VII” (tradução nossa)³ (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 319).

³ Texto original: “The term “peacekeeping” is nowhere to be found. A flexible tool, it was described by former Secretary-General Dag Hammarskjöld as “Chapter VI and a half,” falling somewhere between the peaceful dispute settlement mechanisms set out in Chapter VI and the enforcement provisions of Chapter VII.”

A ausência de uma regra clara e o poder de discricionariedade que emana desse hiato conferiu às missões de paz a habilidade de moldarem-se com o tempo e permitiu-lhes executarem certas ações que estão situadas numa zona cinzenta de classificação.

Entre 2000 e 2015, as operações de paz também se tornaram mais complexas e militarmente robustas. A linha entre missão de paz e guerra é embaçada (assim como já era no início dos anos 90) e muitas das operações têm mandatos abrangentes para a reconstrução da paz ou do estado que visam transformar as sociedades para onde são enviadas. (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 318)⁴

Essa incerteza nos traz ao segundo ponto problemático. É difícil conferir um conceito bem definido do que é missão de paz. A definição ainda é tão genérica quanto a descrição do *Pocket Card* citada acima.

No entanto, é possível identificar pelo menos cinco tipos⁵ de missões de paz. Apesar das muitas classificações entre a doutrina (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 319), a abordagem a seguir parece ser mais didática e contém os principais elementos necessários à elaboração desse trabalho.

O primeiro tipo “envolve o monitoramento de um cessar-fogo, retiradas de tropas e/ou uma zona neutra entre as partes em conflito” (tradução

⁴ Texto original: “*In the period 2000 to 2015, peace operations have also become more complex and more militarily robust. The line between peacekeeping and war is blurring (as it did in the early 1990s), and many of the operations have expansive peacebuilding or state-building mandates that aim to transform the societies where they are deployed.*”

⁵ “Por questões analíticas entendemos útil em dividi-las em cinco tipos: missões de paz tradicionais, missões de paz multidimensionais, missões de paz robustas, administrações internacionais de transição e missões políticas.” (tradução nossa). Id. CHESTERMAN, JOHNSTON & MALONE, p. 319. Texto original: “*For analytical reasons we find it useful to break them down into five types: traditional peacekeeping, multidimensional peacekeeping, robust peacekeeping, international transitional administrations, and political missions.*”

nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 320)⁶. Ela “não traz paz ou impõe paz, mas visa proporcionar uma presença calma que possibilite o andamento do processo de paz” (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 320)⁷.

O segundo tipo implica na presença de uma missão de paz que visa monitorar um processo de paz já em andamento. O objetivo é inserir nesse cenário uma parte neutra e pacífica para acalmar os Estados envolvidos e proporcionar um ambiente mais seguro, orientando e facilitando o processo de paz. Isso envolve uma gama variada de atores, incluindo policiais, civis, militares, representantes governamentais e intergovernamentais e ONGs. Essa variedade é um reflexo do papel da missão de paz, já que ela lida com a transição de um contexto conflituoso para outro pacífico. Essa transição inclui, entre muitas outras, funções como desarmamento, repatriação, eleições, reforma do sistema político e reabilitação econômica (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, pp. 328-329).

Mais grave que a figura do parágrafo anterior, o terceiro tipo de missão adentra num país para impor ordem, uma vez que há uma total inabilidade desse país para conduzir, na prática, um processo de paz (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 333). O país recebedor, desta forma, necessita de uma ação mais robusta por parte da ONU a fim de impor a paz na prática. Esse tipo de missão encontra-se “entre as operações baseadas no consentimento descritas acima e as ações impositivas, como as da Guerra do Golfo de 1991. Elas são tipicamente enviadas, total ou parcialmente, sob o Capítulo VII da Carta” (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 333)⁸.

⁶ Texto original: “[...] involves the monitoring of a ceasefire, troop withdrawal, and/or buffer zone between the parties to a conflict.”

⁷ Texto original: “[...] not bring peace or impose peace, but rather try to provide a calming presence that will enable a peace process to go forward.”

⁸ Texto original: “[...]between the consent-based operations described above and, and enforcement action such as the 1991 Gulf War. They are typically deployed fully or partially under Chapter VII of the Charter.”

O quarto tipo também objetiva promover a paz, mas envolve a suspensão, ao menos parcialmente, da soberania do Estado a fim de aumentar os poderes de participação da missão no processo de transição. A exemplo:

No Kosovo, a soberania, tecnicamente, estava com o governo Iugoslavo, mas para todos os intentos e propósitos, a soberania foi suspensa a bem da transição. No Timor Leste, os indonésios retiraram-se após o voto pela independência em 1999, de modo que não havia soberania. A UNMIK (missão de paz da ONU no Kosovo) e a UNTAET (administração tradicional da ONU no Timor Leste) tinham poderes absolutos para governar em cada um dos territórios por um período de transição. (tradução nossa). (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 345)⁹

Finalmente, o último tipo nos traz de volta a um contexto mais calmo. Essas missões são compostas por grupos menores cuja “principal atividade é a administração de processo político: relacionamento político com governos, partes e sociedade civil objetivando evitar, mitigar ou cessar o conflito” (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 345)¹⁰.

Considerando as descrições acima, é possível concluir que as missões de paz variam desde um inofensivo grupo de agentes diplomáticos da ONU buscando por negociações, até uma verdadeira operação militar armada em larga escala. No meio, apesar das dificuldades em conceituar as missões de paz, encontramos diferentes categorias de membros de missão de paz: policiais, tropas militares, civis, diplomatas, agentes governamentais e fun-

⁹ Texto original: “[...] *in Kosovo, sovereignty technically resided with the Yugoslav government, but for all intents and purposes, that sovereignty was suspended for the life of the transition. In East Timor, the Indonesians had withdrawn following the vote for independence in August 1999, so there was no sovereign authority at all. UNMIK (UN Mission in Kosovo) and UNTAET (UN Traditional Administration in East Timor) had full governing powers in each territory, for a transitional period.*”

¹⁰ Texto original: “[...] *main activity is political process management: political engagement with governments, parties, and civil society aimed at averting, mitigating, or stopping conflict.*”

cionários da ONU. O regime de imunidades criminais, assim, foca nessas pessoas, independentemente do tipo de missão que elas se encontram.

3 IMUNIDADES: UM BREVE CONCEITO

A imunidade criminal é um escudo legal que impede certas pessoas de serem submetidas à jurisdição penal. No plano internacional, as imunidades protegem algumas categorias de pessoas de serem processadas por um Estado estrangeiro¹¹. Historicamente, essa proteção tem sido conferida a diplomatas, autoridades consulares e chefes de estado (atuais e passados) para conferir a eles – numa maneira simples de se explicar – um ambiente internacional seguro para que possam cumprir com suas funções sem serem ameaçados ou perseguidos por governos locais.

Em tempos mais modernos, no entanto, as imunidades foram estendidas aos funcionários de organizações internacionais¹². Nesse caso, o âmbito de abrangência do benefício é mais estreito que aquele conferido aos representantes estatais, a não ser que o indivíduo seja representante de um estado-membro da organização:

¹¹ “[...] em geral, o direito internacional não confere imunidades perante tribunais internacionais.” (tradução nossa). LUBAN, David; O’SULLIVAN, Julie R.; STEWART, David P. *International and Transnational Criminal Law*. 2nd ed., Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 259. Texto original: “[...] generally, international law provides no immunity before international tribunals.”

¹² “Normas que dizem respeito aos privilégios especiais dos diplomatas estão entre as mais antigas do direito internacional. Tradicionalmente, elas eram limitadas aos representantes dos estados. A partir do século dezenove, no entanto, iniciou-se uma extensão gradual dos privilégios e imunidades para incluir as organizações internacionais.” (tradução nossa). Id. CHESTERMAN, JOHNSTON & MALONE, p. 555. Texto original: “Norms concerning the special privileges of diplomats are among the oldest in international law. Traditionally, these were limited to the representatives of states. From the nineteenth century on, however, a gradual extension of traditional privileges and immunities began to include international organizations.”

De forma geral no direito e na prática, no entanto, apenas imunidades “funcionais” ou “de atos oficiais” (ainda mais limitadas que as imunidades consulares) são conferidas aos oficiais e funcionários dessas organizações. Por outro lado, os representantes principais de Estados-Membros nas organizações (isto é, seus embaixadores e altos funcionários) podem, dependendo de situações específicas, receber privilégios diplomáticos e imunidades, enquanto que membros menos graduados da missão, não. Normalmente, às missões dos Estados-Membros em nome da organização será conferido *status* diplomático. (tradução nossa) (LUBAN; O’SULLIVAN; STEWART, 2014, p. 267)¹³

As Nações Unidas não são exceção às imunidades das organizações internacionais e esse benefício foi pensado desde o início de sua criação. Isso resultou não somente no artigo 105 da Carta da ONU, que reconhece que os privilégios e imunidades são necessários ao desempenho dos seus propósitos¹⁴, mas também numa convenção especializada adotada em 1946¹⁵:

¹³ Texto original: “As a general matter of law and practice, however, only “functional” or “official acts” immunity (even more limited than consular immunities) is accorded to the officials and staff members of such organizations. By contrast, the principal representatives of member states to the organizations (that is, their ambassadors and their senior staff) may, depending on the specific situation, be accorded diplomatic privileges and immunities, while lesser ranking mission members may not. Normally, the missions of member states to the organization will be accorded diplomatic status.”

¹⁴ Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

¹⁵ “O artigo 105, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas estabelece que a Organização deve gozar, no território de cada um dos seus Membros, tais privilégios e imunidades enquanto necessários para o desempenho de seus propósitos. O artigo 105, parágrafo 2, estabelece que os representantes dos Membros das Nações Unidas e as autoridades da Organização devem, do mesmo modo, gozar desses privilégios e imunidades enquanto necessárias para o exercício independente de suas funções conexas à Organização. Para tornar eficaz o artigo 105 da Carta, a Assembleia Geral adotou a Convenção Geral, da qual, hoje, são partes 154 Estados-Membros, que são para com ela obrigados.” (tradução nossa). Documento A/63/331 de 25 de agosto de 2008: Relatório do secretário-geral sobre as trocas de informações entre as Nações Unidas e as autoridades responsáveis pelo cumpro-

Era genericamente aceito, quando a Carta da ONU estava em elaboração, que a Organização e seus representantes deveriam ser munidos de todos os privilégios e imunidades necessários ao exercício das funções confiadas a eles. As Nações Unidas gozam de absoluta imunidade como pessoa jurídica e no que diz respeito às propriedades das ONU. Isso está protegido na Convenção de Privilégios e Imunidades e nunca foi objeto de disputas sérias. (tradução nossa) (CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE, 2016, p. 555)¹⁶

Apesar dessa preocupação inicial e da rápida regulamentação, na época os elaboradores não previram a existência de missões de paz. Assim, levou algum tempo até que a ONU começasse a preencher as lacunas referentes à responsabilidade criminal dos membros dessas missões. Como as imunidades que visam proteger o exercício de soberania de um Estado no território de outro país, “imunidades que isentam a ONU de ser processada nas cortes do estado receptor previnem que a operação seja prejudicada por constantes

mento de leis nacionais, bem como as comunicações de suspeitas de crimes relacionadas ao pessoal das Nações Unidas (tradução nossa). Disponível em: <<http://www.undocs.org/a/63/331>>. Acesso em: 30 maio 2018. Título original do documento: “*Report of the Secretary-General on Information-sharing practices between the United Nations and national law enforcement authorities, as well as referrals of possible criminal cases related to United Nations staff, United Nations officials and experts on mission*”. Texto original: “*Article 105, paragraph 1, of the Charter of the United Nations provides that the Organization should enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as were necessary for the fulfilment of its purposes. Article 105, paragraph 2, provides that representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization should similarly enjoy such privileges and immunities as were necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization. In order to give effect to Article 105 of the Charter, the General Assembly adopted the General Convention, to which, currently, 154 Member States are parties and bound thereby.*”

¹⁶ Texto original: “*It was generally accepted when the UN Charter was being drafted that the Organization and its representatives should be granted whatever privileges and immunities were necessary to exercise the functions entrusted to them. The United Nations itself enjoys absolute immunity as a legal person and with respect to UN property. This is protected in the Convention on Privileges and Immunities and has never been a matter of serious dispute.*”

ações judiciais levada a cabo por oponentes políticos” (tradução nossa) (SIMM, 2013, p. 77)¹⁷. Esse regime, ainda incompleto, é objeto do próximo capítulo.

4 IMUNIDADES CRIMINAIS DOS MEMBROS DAS MISSÕES DE PAZ DA ONU

As imunidades das organizações internacionais têm, via de regra, quatro fontes legais: (1) o estatuto da organização internacional, (2) convenções específicas sobre o regime de imunidades; (3) acordos entre a organização internacional e o país receptor – o que inclui acordos sobre sedes; e (4) legislação doméstica (LUBAN; O’SULLIVAN; STEWART, 2014, p. 266)¹⁸. No caso das Nações Unidas, como já exposto acima, o artigo 105 da Carta da ONU estende a sua imunidade como organização internacional aos representantes dos Estados-Membros e autoridades da ONU. A Convenção de Privilégios e Imunidades (Convenção Geral) regula as imunidades das autoridades da ONU em seu artigo V e, no artigo VI, inclui entre os beneficiários os peritos em missão da ONU.

A Convenção Geral foi interpretada na Resolução 76(I) da Assembleia Geral de 1946 no que se refere à definição dos oficiais:

Para os fins dos privilégios e imunidades concedidos pela Convenção Geral, os termos “autoridades das Nações Unidas” foi definido pela Assembleia Geral na resolução 76(I) de 7 de dezembro de 1946. Nessa resolução, a Assembleia Geral aprovou “a garantia dos privilégios e imunidades referidas no artigo V ... a todos os membros que compõem o pessoal das Nações Unidas, com a exceção daqueles que são recrutados localmente por empreitada”. Assim, todos os membros que compõem o pessoal das Nações Unidas, independentemente de nacionalidade, residência,

¹⁷ Texto original: “[...] immunity exempting the UN from suit in the courts of the host state prevents a peace operation from being undermined by constant legal action taken by its political opponents.”

¹⁸ Id. documento A/63/331 de 25 de agosto de 2008.

local de recrutamento ou posição são considerados autoridades, com a única exceção daqueles que são contratados no local para trabalhar por empreitada. Ainda, os Voluntários das Nações Unidas podem gozar privilégios e imunidades como “autoridades das Nações Unidas” quando lhes for especificamente previsto em acordos, tais como aqueles sobre o *status* das forças e os acordos padrões de assistência básica do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas. (tradução nossa)¹⁹

Mais tarde, a Convenção Geral foi encorpada pelo relatório do secretário-geral sobre as trocas de informações entre as Nações Unidas e as autoridades responsáveis pelo cumprimento de leis nacionais, bem como as comunicações de suspeitas de crimes relacionadas ao pessoal das Nações Unidas, autoridades das Nações Unidas e peritos em missão. O relatório definiu quem eram os peritos e referiu-se a eles no contexto das missões de paz:

Indivíduos com *status* de peritos em missão podem incluir pessoas engajadas pela Organização através de um contrato de consultoria ou designadas pelos órgãos das Nações Unidas para executar missões ou funções para as Nações Unidas, tais como os relatores do Conselho de Direitos Humanos ou membros da Co-

¹⁹ Id. documento A/63/331 de 25 de agosto de 2008, item 7. Texto original: “For the purposes of the privileges and immunities granted under the General Convention, the term “officials of the United Nations” was defined by the General Assembly in its resolution 76 (I) of 7 December 1946. In that resolution, the General Assembly approved “the granting of privileges and immunities referred to in article V ... to all members of the staff of the United Nations, with the exception of those who are recruited locally and are assigned to hourly rates”. Therefore, all staff members of the United Nations, regardless of nationality, residence, place of recruitment or rank, are considered officials, with the sole exception of those who are both recruited locally and assigned to hourly rates. Furthermore, United Nations Volunteers may enjoy privileges and immunities as “officials of the United Nations” when specifically provided for in such agreements as status-of-forces agreements and the standard basic assistance agreements of the United Nations Development Programme.”

missão de Direito Internacional. Ainda, no contexto das missões de paz ou operações de suporte à paz, algumas categorias de pessoas possuem o *status* de peritos em missão. Entre elas incluem-se observadores militares, agentes de ligação militar, conselheiros militares, monitores de armamentos, membros de unidades policiais, indivíduos cedidos para a polícia das Nações Unidas e agentes penitenciários cedidos. Essas categorias de pessoas consideradas peritos em missão são geralmente previstas nos correspondentes acordos de *status* das forças ou *status* da missão. (tradução nossa)²⁰

Assim, autoridades e peritos da ONU estão protegidos de medidas abruptas que visam sua responsabilização por atos criminais, a não ser que, por razões políticas, o secretário-geral abra mão dessas imunidades²¹.

²⁰ Id. documento A/63/331 de 25 de agosto de 2008, item 9. Texto original: “*Individuals having the status of experts on mission may include persons engaged by the Organization on a consultant contract or designated by United Nations organs to carry out missions or functions for the United Nations such as rapporteurs of the Human Rights Council or members of the International Law Commission. Furthermore, in the context of peacekeeping or peace support operations some categories of personnel have the status of experts on mission. These include military observers, military liaison officers, military advisers, arms monitors, members of formed police units, seconded individual United Nations police and seconded corrections officers. The categories of personnel deemed experts on mission are usually provided in the relevant status-of-forces or status-of-mission agreements.*”

²¹ “Com exceção dos membros de missão de paz recrutados localmente e designados para trabalhos de empreitadas, nenhuma ação automática pode ser tomada contra autoridades e peritos da ONU que se encontram em missão. Contudo, o secretário-geral tem a autoridade e o dever de abrir mão deles a fim de evitar o embaraço do curso da justiça. É após essa renúncia que um Estado pode garantir jurisdição e processar crimes que alegadamente teriam sido cometidos por autoridades e espertos em missão da ONU.” (tradução nossa). KALWAHALI, Kakule. *The Crimes Committed by UN Peacekeepers in Africa: A Reflection on Jurisdictional and Accountability Issues*. 2013, p. 284. Tese de doutorado, Direito Criminal e Processual Criminal, University of South Africa. Disponível em: <<http://uir.unisa.ac.za/handle/10500/9950>>. Acesso em: 29/05/18. Texto original: “*With the exception of the members of UN peacekeeping personnel recruited locally and assigned an hourly rate, no automatic action against UN officials and experts on mission can be taken. This would make it difficult for any State to assert jurisdiction over their acts. However, the Secretary-General has the authority and duty to waive them*”

É importante salientar que há uma preocupação em não deixar impunes membros das missões de paz. A ONU estabeleceu uma política de cooperação entre os estados para investigar e compartilhar informação, e para incentivar os estados remetentes a estabelecer jurisdição sobre os crimes cometidos pelos seus nacionais em missão quando a ação configura crime sob a lei do estado remetente ou, ao menos, quando a ação é crime sob as leis de ambos os estados – remetente e receptor – simultaneamente²². Essa política inclui as recomendações que constam no relatório do secretário-geral sobre financiamento das missões de paz, que sugerem indenização por parte do Estado remetente quando os danos envolvem a responsabilidade criminal de um membro do contingente desse Estado²³. A indenização também é possível quando o dano deriva de combate²⁴.

Apesar dessa ideia de “fazer a coisa certa” quando um membro de missão de paz comete um crime, a política da ONU também deixa claro que as imunidades devem ser respeitadas²⁵.

As normas e políticas mencionadas acima trazem o benefício da imunidade criminal para algumas categorias de pessoas: representantes dos

in order to avoid the impeding of the course of justice. It is after such a waiver that a State can assert jurisdiction and prosecute crimes alleged to have been committed by UN officials and experts on mission.”

²² Documento A/C.6/72/L.18, de 6 de novembro de 2017: Proposta de Resolução – Responsabilidade criminal dos peritos e oficiais das Nações Unidas (tradução nossa). Título original do documento: “*Draft resolution Criminal accountability of United Nations officials and experts on mission*”. Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/72/L.18>>. Acesso em: 30 maio 2018.

²³ Documento A/51/389, de 20 de setembro de 1996, parágrafo 42: Relatório do secretário-geral sobre financiamento das missões de paz (tradução nossa). Título original do documento: “*SG report on Financing of the UN Peacekeeping operations*”. Disponível em: <http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/212275/A_51_389-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 1º jun. 2018. Esse relatório foi endossado pela Resolução 51/13 da Assembleia Geral, adotada em 21 de novembro de 1996.

²⁴ Id. documento A/51/389, de 20 de setembro de 1996, parágrafo 44.

²⁵ Resolução 62/63 da Assembleia Geral da ONU adotada em 6 de dezembro de 2017, item 2. Disponível em: <<http://undocs.org/a/res/62/63>>. Acesso em: 1º jun. 2018. Id. Documento A/C.6/72/L.18, de 6 de novembro de 2017, item 9.

Estados-Membros, autoridades da ONU e peritos em missão. Assim, quando estão participando de missões de paz, essas pessoas carregam consigo as imunidades, vez que são consideradas parte da ONU²⁶. Contudo, nenhum dos instrumentos acima abrange todos os membros de missão de paz²⁷. Para esses, é necessário ir além.

De acordo com o *Pocket Card* das missões de paz, a seus membros “serão conferidos certos privilégios e imunidades outorgados em acordos negociados entre as Nações Unidas e o país recebedor somente para o propósito de desempenhar nossas funções como membros da missão da paz” (tradução nossa) (CHESTERMAN, JOHNSTON & MALONE, 2016, 562)²⁸.

²⁶ “O princípio da imunidade se aplica não somente aos órgãos estatais, mas também ao pessoal civil e militar das entidades que gozam de personalidade jurídica internacional, tais como a ONU e outras organizações internacionais ou regionais.” (tradução nossa). FLECK, Dieter. The legal status of personnel involved in United Nations peace Operations. *International Review of the Red Cross*, n. 891/892, p.613–636, 2013, p. 615. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2013/irrc-891-892-fleck.pdf>>. Acesso em 29 maio 2018. Texto original: “*The principle of immunity applies not only to organs of states, but likewise to military and civilian personnel of entities enjoying international legal personality, such as the UN and other international or regional organisations.*”

²⁷ “A Convenção de Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946, confere imunidades das ‘autoridades’ (artigo V) e também dos ‘peritos em missão’ (artigo VI), mas não há consenso, muito menos prática consistente em relação à aplicação dessa provisão aos membros de missão de paz. A Resolução 76(I) de 7 de dezembro de 1946 da Assembleia Geral aprovou a concessão desses privilégios e imunidades ‘a todos os membros que compõem o pessoal das Nações Unidas com exceção daqueles recrutados localmente por empreitada.’” (tradução nossa). Id. FLECK, Dieter, p. 618-619. Texto original: “*The 1946 Convention on Privileges and Immunities of the United Nations provides for immunity of ‘officials’ (Article V) and also of ‘experts on missions’ (Article VI), but there is no consensus, let alone consistent practice as to the application of these provisions to peacekeepers. General Assembly Resolution 76(I) of 7 December 1946 approved the granting of these privileges and immunities ‘to all members of the staff of the United Nations with the exception of those who are recruited locally and are assigned to hourly rates.’*”

²⁸ Texto original: “[...] will be accorded certain privileges and immunities arranged through agreements negotiated between the United Nations and the host country solely for the purpose of discharging our peacekeeping duties.”

Como visto, é possível dizer que há pessoas que não são funcionários da ONU mas que são enviadas em suas missões por estados remetentes. A conexão dessas pessoas, desse modo, apesar de agirem em nome da ONU e estarem sujeitas até certo ponto ao controle da ONU, mantém-se com o Estado de origem. Isso nos leva a concluir que o regime de imunidades aplicado a essas pessoas é aquele aplicável aos seus respectivos Estados e que deriva de sua soberania:

Assim, a imunidade dos membros das missões de paz é primordialmente a do seu estado remetente e este último permanece responsável por atos ilegais cometidos sob o seu controle. É importante entender que imunidade não significa impunidade para militares e civis membros das forças de um estado remetente ou de uma organização internacional. Tampouco pode a imunidade limitar a responsabilização desse estado ou da organização internacional. Ao invés, ela impede que o estado hospedeiro tome medidas diretas contra os membros de uma força visitante, enquanto que o estado remetente/ou a organização internacional é responsável. Os perpetradores devem ser processados pelo estado remetente. Em situações excepcionais, suas imunidades podem ser renunciadas em *vis-à-vis* do estado recebedor. No entanto, um estado recebedor interessado no sucesso da operação de paz deve esperar que o estado remetente exercite sua jurisdição de forma exclusiva e de maneira responsável.

Essa imunidade deriva do princípio da soberania do estado, como é reconhecido no direito internacional costumeiro, e não depende do consentimento do estado recebedor. O propósito de tal imunidade não é proporcionar benefícios individuais, mas sim garantir uma performance desimpedida de funções oficiais, respeitar a igualdade entre os estados perante a lei e excluir qualquer interferência externa que seja inconsistente com os propósitos das Nações Unidas. (tradução nossa) (FLECK, 2013. pp. 615-616)²⁹

²⁹ Texto original: *"Hence the immunity of peacekeepers is foremost that of their sending states, and the latter remain accountable for wrongful acts committed under their control. It is important to understand that immunity does not imply impunity*

Ainda, a Convenção sobre segurança do pessoal das Nações Unidas e associados de 1994³⁰ e seu Protocolo opcional de 2005³¹, ambos regulando questões de segurança daqueles, *inter alia*, enviados por um Estado às missões da ONU, confere à questão outros instrumentos: os acordos de *status* das forças (a partir de agora referidos como SOFAs, sigla referente à nomenclatura na língua original: *status-of-forces agreements*) e os acordos de *status* das missões (a partir de agora referidos como SOMAs, sigla referente à nomenclatura na língua original: *status-of-mission agreements*).

De acordo com a Convenção, todas as partes são obrigadas a garantir a segurança do pessoal da ONU e associados e a tomar medidas apropriadas para proteger esse pessoal que foi enviado ao seu território. O Protocolo Opcional estende essa obrigação à proteção das operações da ONU que fornecem assistência humanitária, política e de desenvolvimento. A Convenção

for military or civilian members of the forces of a sending state or international organisation. Neither can immunity limit the accountability of that state or international organisation. Rather, it bars the host state from taking direct action against the members of a visiting force, whereas the sending state and/or the international organisation is accountable. Individual perpetrators are to be prosecuted by the sending state. In exceptional situations their immunity may be waived vis-à-vis the host state. But a host state interested in the successful performance of a peace operation may expect the sending state to exercise its jurisdiction exclusively and in a responsible manner.

This immunity derives from the principle of state sovereignty as recognized in customary international law and does not depend on consent of the host state. The purpose of such immunity is not to provide personal benefits to individuals, but rather to ensure an unimpeded performance of their official functions, to respect the equality of states under the law and to exclude any outside interference inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

³⁰ Convenção sobre segurança do pessoal das Nações Unidas e associados (tradução nossa), 1994. Título original: *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*. Disponível em: <<http://www.un.org/law/cod/safety.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

³¹ Protocolo Opcional à Convenção sobre segurança do pessoal das Nações Unidas e associados (tradução nossa), 2005. Título original: *Optional Protocol to the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-8-a&chapter=18&lang=en>. Acesso em: 26 ago, 2018.

inclui a obrigação de concluir acordos de *status* para as operações da ONU e todo o pessoal nela envolvido, acordos esses – sujeitos à composição do pessoal envolvido – chamados de acordos de *status* das forças (SOFAs) ou acordos de *status* das missões (SOMAs). Essa obrigação destaca a necessidade de preencher as lacunas na regulação e garantir a cooperação entre o país recebedor e a organização internacional [...]. (tradução nossa) (FLECK, 2013. p. 621)³²

SOFAs e SOMAs existem para complementar a regulamentação já existente e moldar as normas às quais as missões de paz e o país recebedor são submetidos. Entre várias outras questões, a imunidade criminal também está refletida nesses acordos³³. Na ausência de um acordo específico,

³² Texto original: “*Under the Convention, all parties are obliged to ensure the safety and security of UN and associated personnel and take appropriate steps to protect such personnel deployed in their territory. The Optional Protocol extends that obligation to the protection of UN operations delivering humanitarian, political and development assistance. The Convention includes an obligation to conclude status agreements on the UN operation and all personnel engaged in it, agreements which – subject to the composition of the personnel involved – are called status-of-forces agreements (SOFAs) or status-of-mission agreements (SOMAs). This obligation underlines the need for closing gaps in regulation and ensuring cooperation between the host state and the international organization [...]*”

³³ “Esses acordos, comumente chamados de acordos de *status* das forças (SOFAs), em geral estabelecem um referencial sob o qual o pessoal militar dos EUA opera num país estrangeiro. SOFAs conferem direitos e privilégios a indivíduos por eles cobertos enquanto situados em local de jurisdição estrangeira e define como as leis domésticas dessa jurisdição estrangeira se aplicam ao pessoal dos EUA. SOFAs podem incluir muitas normas, mas a questão mais comum que trata é qual o estado que poderá exercer jurisdição criminal sobre o pessoal dos EUA. Os Estados Unidos possuem acordos nos quais mantêm jurisdição exclusiva sobre o seu pessoal, mas é mais comum que o acordo preveja jurisdição compartilhada com o estado recebedor.” (tradução nossa). MASON, R. Chuck. Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It, and How Has It Been Utilized?. Congressional Research Service, March 15, 2012, p. 1. Disponível em <<https://www-heinonline-org-proxy.library.nyu.edu/HOL/Index?collection=congreg&index=crs/crsmthadcm>>. Acesso em: 1º jun. 2018. Texto original: “*These agreements, commonly referred to as Status of Forces Agreements (SOFAs), generally establish the framework under which U.S. military personnel operate in a foreign country. SOFAs provide for rights and privileges of covered individuals while in a foreign jurisdiction and address how the*

a Assembleia Geral da ONU adotou um Modelo genérico desses acordos³⁴ que serve tanto de guia para a elaboração do acordo específico, como para ser aplicado na ausência desse último.

Assim, as negociações para elaboração de SOFA e SOMA devem identificar as leis do estado recebedor que serão aplicadas ao pessoal estrangeiro, e o estado recebedor e o estado remetente ou a organização internacional devem concordar em cooperar nessas questões, não obstante a jurisdição exclusiva sobre questões criminais, disciplinares e civis, que permanecem uma prerrogativa do estado remetente quando se trata de missões de paz, é confirmada no Modelo de SOFA das Nações Unidas e nunca foi abdicada na prática. O controle judicial nesse campo tão complexo deve respeitar a jurisdição exclusiva em matéria criminal e disciplinar do estado remetente. (tradução nossa) (FLECK, 2013. p. 633)³⁵

domestic laws of the foreign jurisdiction apply to U.S. personnel.2 SOFAs may include many provisions, but the most common issue addressed is which country may exercise criminal jurisdiction over U.S. personnel. The United States has agreements where it maintains exclusive jurisdiction over its personnel, but more often the agreement calls for shared jurisdiction with the receiving country.”

³⁴ Documento A/45/594, de 9 de outubro de 1990: Análise abrangente de toda a questão das operações de missão de paz em todos os seus aspectos – Modelo de acordo do status das forças para missões de paz – Relatório do secretário-geral (tradução nossa). Título original do documento: “*Comprehensive review of the whole question of peace-keeping operations in all their aspects – Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations – Report of the Secretary General*”. Disponível em: <<http://undocs.org/a/45/594>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

³⁵ Texto original: “*Hence, SOFA and SOMA negotiations should identify the laws of the host state that will apply to the foreign personnel, and both the host state and sending states or organisations should agree to cooperate on these issues, notwithstanding the exclusive jurisdiction in criminal, disciplinary and civil matters which remains a prerogative of the sending state in peace operations, is confirmed under the UN Model SOFA and has never been waived in practice. Judicial control in this complex field must respect the exclusive criminal and disciplinary jurisdiction of the sending state.*”

Importante dizer nesse momento que o regime de imunidades não se aplica a terceirizados civis. A eles não é conferido o benefício e não estão protegidos de medidas abruptas levadas a cabo pelo estado em que estão localizados em face de suas condutas criminais³⁶.

Dessa forma, o pessoal que não se enquadra nas categorias de representantes dos Estados-Membros, autoridades da ONU e peritos em missão recebe o tratamento previsto nos SOFAs e SOMAs³⁷ e devem ser processados no seu Estado de origem, e não pelo país receptor. Essa sistemática é sustentada pelo princípio da nacionalidade ativa:

³⁶ “Contudo, terceirizados civis não compartilham de tais imunidades, nem mesmo como ‘peritos em missão’, vez que esse termo é entendido como aplicável a pessoas encarregadas de funções ou atividades específicas para a ONU, mas não inclui funções de natureza comercial.” (tradução nossa). Id. FLECK, Dieter, p. 619. Texto original: “*However, civilian contractors do not share such immunities, not even as ‘experts on mission’, as this term is understood to apply to persons charged with performing specific functions or tasks for the UN, but does not include functions that are commercial in nature.*” Ver também as notas de rodapé 24 e 26 acima sobre a ausência de imunidade para o pessoal contratado no local para trabalho por empreitada.

³⁷ “A imunidade de ser processado criminalmente pelo estado anfitrião é conferida aos membros dos contingentes nacionais, que englobam o grosso das forças de paz, que estão submetidos a tratados sobre missões específicas. Há dois tipos de tratados que conferem imunidades aos membros do contingente nacional nas operações de paz da ONU. O primeiro é o SOFA entre o estado anfitrião e a ONU, normalmente baseado no modelo de SOFA. O segundo é o acordo entre o estado remetente e a ONU, normalmente baseado no modelo MOU da ONU. Sob esses tratados, membros do contingente nacional estão submetidos à jurisdição criminal exclusiva do país remetente, que pode ser criminal militar ou criminal normal (i.e., civis), que possuem aplicação extraterritorial.” (tradução nossa). Id. SIMM, Gabrielle, p. 80. Texto original: “*Immunity from criminal prosecution under host state law is granted to members of national contingents, who comprise the bulk of peacekeeping forces, under mission-specific treaties. There are two types of treaties that provide immunity to national contingent members in UN peace operations. The first is SOFAs between the host state and the UN, usually based on the UN model SOFA. The second is Agreements between sending states and the UN, usually based on the UN model MOU. Under these treaties, national contingent members are subject to the exclusive criminal jurisdiction of the sending state, which may be court martial or normal (i.e., civilian) criminal jurisdiction where it has extraterritorial application.*”

De acordo com o modelo atual dos acordos de *status* das forças, a jurisdição criminal sobre os membros de missões de paz é dos seus respectivos estados remetentes. Contudo, apesar de a ONU não possuir jurisdição criminal, tem sido o Escritório de Serviços de Supervisão Interna da ONU que conduz as investigações. Tem sido argumentado que todos os acordos de *status* das forças e todos os Memorandos de Acordo deveriam conter cláusulas específicas obrigando os países que contribuem com tropas a processar criminalmente e a ONU a acompanhar. (tradução nossa) (KALWAHALI, 2013, p. V)³⁸

A jurisdição criminal dos países que contribuem com tropas sobre os membros da missão de paz que não sejam protegidos por outros acordos relativos à mobilização da operação encontra base legal não no princípio da territorialidade, mas sim no bem estabelecido princípio da nacionalidade ativa. Enquanto pode-se afirmar que o país hospedeiro não pode exercer sua jurisdição, o país remetente deve ser chamado a intervir porque a ONU não possui jurisdição criminal. (KALWAHALI, 2013, p. 285)³⁹

É importante notar que as imunidades mencionadas até agora referem-se à proteção contra o processamento perante as cortes com jurisdição no estado receptor. Quando se trata de crimes internacionais, a teoria das imunidades não é aplicável:

De fato, nenhum princípio do direito internacional prevê a não-competência da jurisdição internacional sobre

³⁸ Texto original: “Under the current UN Model Status-of-Forces Agreements, criminal jurisdiction over peacekeepers rests with their sending States. However, although the UN has no criminal jurisdiction, it has been the Office of Internal Oversight Services that has conducted investigations. It is argued that every Status of Force Agreement and every Memorandum of Understanding should contain specific clauses obligating Troop-Contributing Countries to prosecute and the UN to follow-up.”

³⁹ Texto original: “Criminal jurisdiction of Troop-Contributing Countries over peacekeepers, other than those provided for in the different agreements regarding the deployment of the operation, finds legal basis not upon the territoriality principle but in the well-established active nationality principle. Where it may be ascertained that the Host State is not able to exercise its jurisdiction, the sending State should be asked to intervene because the UN has no criminal jurisdiction.”

os membros de missões e paz; caso contrário, qualquer esforço em processar crimes mais graves seria negado. [...] Uma vez que um tribunal penal internacional não é parte nos acordos celebrados entre a ONU e um Estado Anfitrião, bem como entre a ONU e os Países Contribuintes de Tropas, se a conduta dos membros de missão de paz atingiu tal grau de gravidade a ponto de equivaler a crimes internacionais, um terceiro Estado pode impor sua jurisdição criminal, especialmente se o indivíduo que é membro da missão de paz estiver realmente dentro das fronteiras desse terceiro Estado com base na jurisdição universal. (tradução nossa) (KALWAHALI, 2013, p. 162)⁴⁰

Especificamente acerca das tropas e dos militares, “em 1995, O Conselho Jurídico da ONU confirmou que, de acordo com o direito consuetudinário, o pessoal militar dos estados remetentes goza de privilégios e imunidades” (tradução nossa) (FLECK, 2013. p. 619)⁴¹. As imunidades das forças armadas estrangeiras são reconhecidas também pelos tribunais internacionais, que entendem que as ações desses grupos são ações do Estado do qual são nacionais e, portanto, gozam da proteção contra processados criminais nos tribunais do Estado recebedor (FLECK, 2013. pp. 617-618).

Há um caso especial que merece um olhar mais atento. Exploração e abuso sexual têm constado no radar da ONU por algum tempo⁴². Existe uma

⁴⁰ Texto original: “*Indeed, no principle of international law provides for non-competency of international jurisdiction over peacekeepers; otherwise, any efforts in prosecuting most serious crimes would be negated.*” (...) “*Since an international criminal court is not party to agreements concluded between the UN and a Host State as well between the UN and the Troop-Contributing Countries, if the conduct of peacekeepers has reached such a degree of seriousness as to amount to international crimes, a third state can assert its criminal jurisdiction, especially if the individual peacekeeper is actually within the boundaries of the said third State on the ground of universal jurisdiction.*”

⁴¹ Texto original: “[i]n 1995, the UN Legal Counsel confirmed that, in accordance with customary law, military personnel of sending states enjoy privileges and immunities.”

⁴² “A exploração e o abuso sexual por funcionários e autoridades da ONU e membros de missão de paz da ONU tornaram-se uma questão significativa durante os anos 90 e início dos anos 2000 em conexão com o aumento das atividades de manutenção de paz da ONU nos Bálcãs e África – particularmente com os di-

preocupação distinta em prevenir e punir os abusos sexuais cometidos por membros de missões de manutenção da paz. O relatório do secretário-geral sobre medidas especiais de proteção contra a exploração e abuso sexual⁴³ afirma que a ONU “deve trabalhar em parceria com os Estados-Membros para garantir que, nos casos em que os seus nacionais tenham praticado abuso e exploração sexual, que constituem infrações penais e/ou geram responsabilidade civil, existam consequências adequadas e fortes” (parágrafo 36). Ainda, de acordo com o mesmo relatório, a ONU deve proceder com investigações (parágrafo 39) quando notificada de abusos sexuais, e o resultado deve ser encaminhado “às autoridades nacionais relevantes para as ações apropriadas” (parágrafo 46). Esse procedimento também conta com uma transparência que mantém todos os Estados-Membros informados e permite-lhes acompanhar o caso e compartilhar informação (parágrafo 47).

A seriedade desses crimes gerou um tratamento especial pela ONU.

Em 2003, em resposta a relatos anteriores de exploração sexual de refugiados por prestadores de ajuda humanitária na África Ocidental, o secretário-geral Kofi Annan emitiu uma circular administrativa ex-

fundidos relatos de tais abusos por tropas de paz da ONU e funcionários civis da missão da ONU no Congo – MONUC – em 2004.” (tradução nossa). RASHKOW, B. Remedies for Harm Caused by UN Peacekeepers. In: AJIL Unbound, vol. 108, Cambridge University Press, p. 10-16, jan/2017, p. 14. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitleremedies-for-harm-caused-by-un-peacekeepersdiv/477151BF66711E676995368BF4EAB83A>>. Acesso em: 29 maio 2018. Texto original: “*Sexual exploitation and abuse by UN staff and officials and UN peacekeepers became a significant issue during the 1990s and early 2000s in connection with the increase in UN peacekeeping activities in the Balkans and Africa – particularly with widespread reports of such abuses by UN peacekeeping troops and civilian staff of the UN’s mission in the Congo – MONUC – in 2004.*”

⁴³ Documento A/72/751, de 15 de fevereiro de 2018: Medidas especiais de proteção contra a exploração e o abuso sexual – Relatório do secretário-geral (tradução nossa). Título original do documento: “*Special measures for protection from sexual exploitation and abuse – Report of the Secretary-General*”. Disponível em: <https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/a_72_751_0.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

pressamente proibindo tal conduta por funcionários da ONU, incluindo o pessoal dos órgãos e programas administrados separadamente das Nações Unidas” (tradução nossa) (RASHKOW, 2017, p. 14)⁴⁴.

Apesar de inicialmente esta circular não incluir tropas de paz da ONU, policiais civis, ou observadores militares, a lacuna foi preenchida no ano seguinte para incluir essas pessoas nas proibições (RASHKOW, 2017, p. 14).

As imunidades, contudo, permaneceram intactas até mesmo para os casos de exploração e abuso sexual⁴⁵, e os agentes desses delitos permanecem sob jurisdição do Estado de que são nacionais em vez de serem processados no Estado de nacionalidade da vítima:

⁴⁴ Texto original: *“In 2003, in response to earlier reports of sexual exploitations of refugees by aid workers in West Africa, Secretary-General Kofi Annan issued an administrative issuance expressly prohibiting such conduct by UN staff, including the staff of the separately administered organs and programs of the United Nations.”*

⁴⁵ “No entanto, um problema fundamental com a regulamentação de crimes sexuais cometidos em operações de paz é que a lei internacional da imunidade não está funcionando de acordo com seus objetivos regulatórios, o que prejudica a responsabilidade individual e a responsabilidade estatal ou internacional. Logicamente, um indivíduo que atua em uma função oficial deve ser imune à responsabilidade individual, mas sua conduta deve ser imputada ao estado (ou organização internacional). Se o indivíduo não está atuando em uma função oficial, ele deve ser responsabilizado, não o estado ou organização internacional. No entanto, no caso de crimes sexuais cometidos por pessoal internacional em operações de paz, as imunidades são mantidas para aplicar-se mesmo quando os atos não são oficiais, sem, contudo, os estados assumirem a responsabilidade por eles.” (tradução nossa). Id. SIMM, Gabrielle, p. 87. Texto original: *“Yet a fundamental problem with the regulation of sexual crimes committed in peace operations is that the international law of immunity is not working in accordance with its regulatory aims, which undercuts individual accountability and state or international responsibility. Logically, an individual who acts in an official capacity should be immune from individual liability but her conduct should be imputed to the state (or international organisation). If the individual is not acting in an official capacity, she should be held responsible, not the state or international organisation. However, in the case of sexual crimes committed by international personnel in peace operations, immunities are held to apply even where acts are not official, but states are yet to take responsibility for them.”*

nos casos em que a exploração e o abuso sexual tenham comprovadamente ocorrido, as Nações Unidas rotineiramente consideram o encaminhamento do assunto para as autoridades nacionais do agente do delito para ser processado ou sofrer outra ação apropriada” (tradução nossa) (RASHKOW, 2017, p. 14)⁴⁶.

5 CONCLUSÃO

A ONU tem enviado missões de manutenção da paz de diferentes tipos a países que enfrentam distúrbios que não podem resolver sozinhos. Essas missões são compostas por várias categorias de pessoas e o regime de imunidades criminais não é claro para todas elas. Representantes dos Estados-Membros, funcionários e autoridades da ONU e peritos em missão têm suas normas na Carta da ONU e na Convenção Geral. Os outros, no entanto, dependem do que os acordos entre a ONU e o Estado anfitrião determinam ou, na sua ausência, o modelo SOFA.

Além disso, considerando que nem todos os membros de uma missão de manutenção da paz pertencem à ONU, mas são fornecidos por outro Estado, esse pessoal carrega a imunidade do seu Estado nacional, que deriva da soberania, conforme reconhecido pelo direito internacional consuetudinário. É dizer que eles não podem ser processados pelos tribunais do Estado anfitrião (apesar de o secretário-geral poder renunciar a essa imunidade), mas apenas pelos tribunais de seu país de origem ou por tribunais internacionais com jurisdição sobre crimes internacionais. Exceção a essa regra são os empreiteiros civis, que não estão protegidos pelo benefício.

Finalmente, a ONU possui uma preocupação mais intensa com a exploração e o abuso sexual por membros de missões de manutenção da paz. Mesmo reconhecendo a gravidade desses crimes, a ONU manteve o regime de imunidade original, embora seja difícil entender como os

⁴⁶ Texto original: “[...] in cases where SEA has been determined to have occurred, the United Nations routinely considers referral of the matter to the national authorities of the perpetrator for prosecution or other appropriate action.”

crimes sexuais estão relacionados às atividades oficiais dos membros das forças de paz.

É neste contexto que situamos as forças armadas não envolvidas em conflitos armados. As tropas enviadas como membros das missões de manutenção da paz da ONU estão imunes ao processo criminal do Estado anfitrião e são submetidas apenas à jurisdição de seus próprios países ou a tribunais penais internacionais. Suas imunidades criminais, nesse sentido, não são sinônimo de impunidade, mas sim, uma proteção contra sistemas judiciais instáveis que caracterizam os estados anfitriões que necessitam de intervenções de manutenção da paz.

REFERÊNCIAS

Doutrina:

CHALOULT, Stephanie. *From Passive to Aggressive: The Use of Force in Modern Peacekeeping Operations and Challenges in the Laws of Armed Conflict*. International Law Yearbook volume 6, p. 75-98, 2013. Disponível em: <https://ezproxy.library.nyu.edu:12301/HOL/Page?handle=hein.journals/itnawarbo6&div=7&start_page=75&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 30 maio 2018.

CHESTERMAN; JOHNSTON; MALONE. *Law and Practice of the United Nations*. 2nd ed., Oxford University Press, 2016. Disponível em <<http://www.oxfordscholarship.com.proxy.library.nyu.edu/view/10.1093/acprof:oso/9780199399482.001.0001/acprof-9780199399482>>. Acesso em: 27 maio 2018.

FLECK, Dieter. *The legal status of personnel involved in United Nations peace Operations*. International Review of the Red Cross, n. 891/892,

p.613–636, 2013. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2013/irrc-891-892-fleck.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

KALWAHALI, Kakule. *The Crimes Committed by UN Peacekeepers in Africa: A Reflection on Jurisdictional and Accountability Issues*. 2013. Tese de doutorado, Direito Criminal e Processual Criminal, University of South Africa. Disponível em: <<http://uir.unisa.ac.za/handle/10500/9950>>. Acesso em: 29 maio 2018.

KIHARA-HUNT, Ai. *Holding UNPOL to Account: Individual Criminal Accountability of United Nations Police Personnel*. In: *International humanitarian Law Series*, vol. 50, 2017. Disponível em <<http://booksandjournals.brillonline.com.proxy.library.nyu.edu/content/books/9789004328815>>. Acesso em: 30 maio 2018.

LUBAN, David; O’SULLIVAN, Julie R.; STEWART, David P. *International and Transnational Criminal Law*. 2nd ed., Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

MASON, R. Chuck. *Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It, and How Has It Been Utilized?*. Congressional Research Service, March 15, 2012. Disponível em <<https://www-heinonline-org.proxy.library.nyu.edu/HOL/Index?collection=congreg&index=crs/crsmthadcm>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

RASHKOW, B. Remedies for Harm Caused by UN Peacekeepers. In: *AJIL Unbound*, vol. 108, Cambridge University Press, jan/2017, p. 10-16. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitleremedies-for-harm-caused-by-un-peacekeepersdiv/477151BF66711E676995368BF4EAB83A>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SIMM, Gabrielle. *Sex in Peace Operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: <<https://www-cambridge-org.proxy.library.nyu.edu/core/books/sex-in-peace-operations/law-as-regulation-jurisdiction-immunity-and-international-responsibility/AD9288BD5E-7F8422277A613054C6BB76>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

Páginas de internet:

Website das Nações Unidas. Disponível em: <<https://peacekeeping.un.org/en/our-history>>. Acesso em: 30 maio 2018.

Documentos:

Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Convenção sobre Privilégios e Imunidade das Nações Unidas (tradução nossa), 1946. Título original: Convention on Privileges and Immunities. Disponível em <https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iii-1&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Convenção sobre segurança do pessoal das Nações Unidas e associados (tradução nossa), 1994. Título original: Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. Disponível em: <<http://www.un.org/law/cod/safety.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Protocolo Opcional à Convenção sobre segurança do pessoal das Nações Unidas e associados (tradução nossa), 2005. Título original: Optional Protocol to the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-8-a&chapter=18&lang=en>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Documento A/63/331 de 25 de agosto de 2008: Relatório do secretário-geral sobre as trocas de informações entre as Nações Unidas e as autoridades responsáveis pelo cumprimento de leis nacionais, bem como as comunicações de suspeitas de crimes relacionadas ao pessoal das Nações Unidas, autoridades das Nações Unidas e peritos em missão (tradução nossa). Título original do documento: “Report of the Secretary-General on Information-sharing practices between the United Nations and national law enforcement authorities, as well as referrals of possible criminal cases related to United Nations staff, United Nations officials and experts on mission”. Disponível em: <<http://www.undocs.org/a/63/331>>. Acesso em: 30 maio 2018.

Documento A/C.6/72/L.18, de 6 de novembro de 2017: Proposta de Resolução – Responsabilidade criminal dos peritos e oficiais das Nações Unidas (tradução nossa). Título original do documento: “Draft resolution Criminal accountability of United Nations officials and experts on mission”. Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/72/L.18>>. Acesso em: 30 maio 2018.

Documento A/51/389, de 20 de setembro de 1996: Relatório do secretário-geral sobre financiamento das missões de paz (tradução nossa). Título original do documento: “SG report on Financing of the UN Peacekeeping operations”. Disponível em: <http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/212275/A_51_389-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 1º jun. 2018.

Documento A/45/594, de 9 de outubro de 1990: Análise abrangente de toda a questão das operações de missão de paz em todos os seus aspectos – Modelo de acordo do status das forças para missões de paz – Relatório do secretário-geral (tradução nossa). Título original do documento: “Comprehensive review of the whole question of peace-keeping operations in all their aspects – Model status-of-forces agreement for peace-

-keeping operations – Report of the Secretary General”. Disponível em: <<http://undocs.org/a/45/594>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

Documento A/72/751, de 15 de fevereiro de 2018: Medidas especiais de proteção contra a exploração e o abuso sexual – Relatório do secretário-geral (tradução nossa). Título original do documento: “Special measures for protection from sexual exploitation and abuse – Report of the Secretary- General”. Disponível em: <https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/a_72_751_0.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

Resolução 51/13 da Assembleia Geral da ONU, adotada em 21 de novembro de 1996. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-13.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

Resolução 62/63 da Assembleia Geral da ONU, adotada em 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://undocs.org/a/res/62/63>>. Acesso em 1º jun. 2018.

Liberdade de expressão é para todos

Diego Roberto Barbiero

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Especialista em Direito Constitucional

Mestrando em Direitos Fundamentais

Professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Henrique da Rosa Ziesemer

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica

Professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO: A liberdade de expressão, direito fundamental de primeira dimensão por excelência, é um dos pilares das democracias constitucionais modernas. Garantir sua efetividade é missão do próprio Estado e, principalmente, de suas instituições. Nesse contexto, o presente artigo busca tratar, em rápidas linhas, sobre a universalidade do direito fundamental à liberdade de expressão e sobre a incompatibilidade, com a ordem constitucional vigente, da limitação de seu alcance em razão da posição ocupada pelos agentes públicos, sobretudo os membros do Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVES: Liberdade de expressão. Democracia. Agentes públicos. Ministério Público.

ENGLISH

TITLE: Freedom of expression is for everyone.

ABSTRACT: The free speech, fundamental right of the first dimension, is one of the pillars of modern constitutional democracies. Ensuring its

effectiveness is the mission of the State and its institutions. In this context, this article seeks to deal, in rapid lines, with the universality of the fundamental right to free speech and the incompatibility, with the current constitutional order, of the limitation of its scope due to the position occupied by public agents, especially members of the Public Prosecutor's Office.

KEYWORDS: Free speech. Democracy. Public agents. Public Prosecutor's Office.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A liberdade de expressão como elemento fundamental do estado democrático – 3 A liberdade de expressão dos agentes públicos – 4 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O tema central desta exposição é, como o próprio título sugere, a universalidade do direito fundamental à liberdade de expressão e a (in)viabilidade de regulamentação ou de balizamento de seu alcance em razão de condições especiais dos agentes públicos – em especial dos membros do Ministério Público – sob o argumento de que tais agentes ocupam lugar de formadores de opinião da sociedade.

A partir de uma breve revisão bibliográfica, o texto é construído mais com a ideia de convite aos leitores ao debate de tão estimado tema, tendo por orientação teórica o funcionalismo, pois busca entender o problema a partir da lógica das ações e das reações institucionais.

A hipótese levantada expõe a (in)existência de uma colisão de direitos que fundamente a limitação à liberdade de expressão dos membros do Ministério Público em razão do cargo público ocupado justamente porque o órgão tem, como uma de suas missões constitucionais, a defesa do regime democrático.

Ao final, busca-se demonstrar que essa especial condição laboral não tem o condão de, por si só e isoladamente considerada, restringir o alcance de tão estimado direito fundamental.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Não se concebe, atualmente, a manutenção de um Estado Democrático de Direito sem a existência e o exercício dos chamados direitos fundamentais. Em linhas gerais, os direitos fundamentais são aqueles que nascem com as pessoas, irrenunciáveis, de modo que a doutrina atualmente já os classifica em cinco gerações ou dimensões (SARLET, 2013, p. 35). A Constituição é recheada deles, mas seu exercício e compreensão não são tão fáceis. Os direitos fundamentais passam por provas constantes e críticas sociais em um país tão plural como o Brasil.

Não há uma fórmula que consiga estabelecer um equilíbrio, mas somente a evolução da sociedade torna o exercício de seus direitos algo harmônico. É possível afirmar que atualmente o país passa por uma necessária crise ideológica e de tolerância, em que vários grupos identificados defendem veementemente o que acreditam ser seus direitos, de modo a serem mais importantes que os direitos de outros.

Essa forma de defesa e de resguardo de direitos em muitas oportunidades gera atrito com outras formas de interpretação. A sociedade acaba se dividindo em grupos, tornando-se intolerante e incapaz de enxergar que há respeito além de seus direitos específicos.

Fenômeno semelhante pode ser observado no Congresso Nacional, onde é amplamente conhecida a existência de parlamentares que defendem determinada ideologia ou particularidade. O ambiente que deveria ser heterogêneo e aproveitar esta mescla para benefício da sociedade acaba emperrando discussões importante porque um não quer ceder à ideia do outro.

Enfim, é necessário ainda amadurecimento político para uma completa compreensão dos limites e dimensões dos direitos fundamentais e seu exercício.

É de se ressaltar que, mesmo os direitos tidos como fundamentais podem encontrar limites na lei. Da vasta gama de direitos fundamentais enumerados na Constituição, chama-se a atenção para a liberdade de expressão. Assim, nos termos do art. 5º (que trata dos direitos e garantias fundamentais):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Mais adiante, no capítulo que trata da Comunicação Social, o texto constitucional também grafou expressamente que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, vedando expressamente a possibilidade de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (CRFB, art. 220, *caput* e § 2º).

A liberdade de expressão como direito fundamental aparece em um cenário de transição política, sendo inicialmente vista como uma carta de alforria. O tempo diria que esta alforria necessitaria de responsabilidade, o que se confirma no dia a dia.

Com efeito, o próprio *caput* do art. 5º estipula que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza. É daí que se percebe que a liberdade expressão, por fundamental que é, derrama essa igualdade sobre todas as pessoas indistintamente, não importa quem sejam ou o que façam.

É direito fundamental, portanto, intimamente ligado ao próprio conceito de democracia; e, nesse ambiente, em que as escolhas sobre a manifestação sobre um assunto são feitas em nome do que o interlocutor entende adequado e, portanto, útil à promoção da democracia, não pode

o Estado, sob nenhum pretexto, prejudicar o debate livre e aberto que daí nasce (CHUEIRI, 2013, p. 558). É justamente aonde se pretende chegar.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Da atividade jurídica cotidiana várias categorias fazem parte. Advogados, Membros do Ministério Público, Magistrados, Policiais, servidores em geral. Tem-se a sólida impressão que quanto mais a atividade chama a atenção perante a sociedade, mais o agente público respectivo sofre com a limitação de seus direitos, inclusive dentro da própria instituição.

É como se o fato de alguém ser juiz ou promotor lhe retirasse parte de sua cidadania cujo texto constitucional fez questão de conferir a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Não se pretende dizer que os direitos fundamentais são ilimitados e que significam carta branca para as pessoas fazerem o que bem entenderem. Os limites legais são saudáveis e necessários. No entendimento de Fernanda Carolina Tôrres (TÔRRES, 2013, p. 63-64):

Uma vez que não se caracterizam normativamente como regras absolutas, é correto dizer que tais direitos fundamentais podem ser limitados pela própria Constituição, ou mesmo que esta pode permitir que lei infraconstitucional os limite. Ou ainda: na colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na ponderação (CANOTILHO, 2003, p. 1276). Dessa forma, o mesmo se pode dizer especificamente do direito fundamental de liberdade de expressão.

Os limites da liberdade de expressão são de suma importância justamente para que não haja colidência deste com outros direitos, de modo a permitir, por exemplo, a violação à honra e intimidade ou à dignidade da pessoa humana. O Estado, por suas instituições, exerce papel importante nesse equilíbrio.

Contudo, em se tratando do tema, sua abrangência e sua gênese, não pode haver direito fundamental para um que seja diferente para outro.

Vale dizer, todos, indistintamente, devem possuir a mesma liberdade e a mesma restrição, em especial quando se fala da liberdade de expressão. Não há como diferenciar as pessoas por qualquer natureza, conferindo a umas o direito de se expressarem; a outras, punição por se expressarem.

Direito fundamental não se restringe nem se limita por categoria profissional, ou por interpretação legislativa, mas sim pela própria Constituição e pela lei, abrangentes a todos. Não se confunde, entretanto, liberdade de expressão com violação de sigilo profissional ou crimes contra a honra. Mais do que isso, ou o direito é fundamental e assim o é para todos os cidadãos brasileiros, ou então não possui esse caráter.

O Ministério Público, na ordem constitucional vigente, é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, entre outras atribuições, a defesa do regime democrático.

Como visto, um dos pilares da manutenção da democracia é, justamente, o respeito à liberdade de expressão e de manifestação; é, portanto, também atribuição do Ministério Público garantir que essa liberdade não seja prematuramente tolhida, por quem quer que seja, ainda mais quando pretensamente em nome do “Estado”.

Por vezes, os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, podem entrar em colisão; e, nessa colisão, uma opção há de ser feita.

Robert Alexy distingue princípios e regras em razão de seus alcances: enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível, as regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas (ALEXY, 1999, p. 74-75).

Ainda segundo o citado autor, a forma mais adequada de resolver eventual conflito entre direitos fundamentais não seria mediante a adoção de teorias de regras, já que, nessa hipótese, a solução viria da inserção de uma cláusula de exceção ou do afastamento total de um dos direitos. De outro lado, sob a ótica da teoria dos princípios, um direito fundamental

poderia ceder parte de seu alcance para prevalência de outro em colisão, sem, com isso, ter afetado seu núcleo essencial.

Pensando sobre o alcance principiológico do direito fundamental à liberdade de expressão, cabe questionar se, em um Estado Democrático de Direito, é permitido que, em relações particulares, possa-se impor limitações ao exercício desse direito. E mais: se, em havendo tais restrições, as instituições que representam o Estado deveriam agir ativa ou passivamente.

Nesse campo, especificamente em relação aos magistrados e membros do Ministério Público, e levando-se em conta que os agentes políticos gozam, inclusive, de imunidade sobre as falas parlamentares, poderiam as próprias instituições limitar a liberdade de pensamento e de expressão de seus membros? Se sim, em nome da prevalência de qual direito fundamental isso seria realizado? Qual seria o parâmetro para elaboração de um juízo de ponderação e de prevalência de um direito sobre outro?

Não parece adequada, com o devido respeito, a ideia de limitação de direitos – ainda mais fundamentais, tais como a liberdade de expressão – em razão da condição laboral ocupada pelo cidadão: ser (ou não) o servidor público “formador de opinião” em nada poderia (ou deveria) influenciar na valoração do alcance de seus direitos.

As perguntas são necessárias. A condição de agente público ou político retira o exercício da cidadania de alguém? Um agente público não pode tecer críticas como qualquer pessoa pode fazê-lo? Um agente público não pode exprimir suas opiniões como qualquer pessoa pode fazê-lo sem que isso se torne uma verdadeira onda orquestrada contra si?

Claro que pode, mas, infelizmente, não acontece. Como dito, a regulação à liberdade de expressão é necessária, mas deve-se tomar mais cuidado com a regulação do que com o exercício do próprio direito. Novamente o ensinamento de Fernanda Carolina Tôrres (TÔRRES, 2013, p. 72):

Os condicionamentos ao exercício devem ser elaborados mediante uma análise rigorosa de seus impactos limitativos, às vezes não vislumbrados expressamente, e que podem atingir o conteúdo básico do direito fun-

damental, tornando-se, assim, espécie de censura. Em outras palavras, tais condicionamentos devem manter uma posição de neutralidade quanto ao conteúdo dos discursos comunicativos, visto que limitações ao conteúdo da liberdade de expressão podem acarretar aos destinatários a privação do conhecimento de ideias diversas e também impedi-los de construir livremente sua própria opinião e as razões que a fundamentam. No propósito de consolidação de uma esfera pública propícia ao exercício das liberdades comunicativas e, conseqüentemente, à formação efetivamente democrática da opinião, é imprescindível que se verifique a não interferência estatal nos conteúdos comunicativos, ou uma posição do Estado caracterizada pela abertura à diversidade das matérias expressivas. Em outras palavras, o Estado não deve adentrar o mérito dos temas em discurso. Essa neutralidade ideológica também se manifesta na separação entre o ente regulador e o operador do domínio das telecomunicações.

Para que a liberdade de expressão pudesse sofrer uma mitigação, outro princípio constitucional representativo de um direito fundamental deveria sobre ele agir com força preponderante. E, com a vênia devida às opiniões divergentes, não parece haver, no texto constitucional, princípio institucional, relacionado ao tema, de maior grau de afetação do que a própria liberdade de expressão.

Sob esse prisma, qualquer limitação institucional ao exercício do direito fundamental soaria, no mínimo, desproporcional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos de turbulência social, política e de combate à corrupção, permeada por ideologias diversas, em que as instituições funcionam a plenos pulmões, com muita frequência observam-se reclamações contra determinados agentes públicos sobre suas manifestações, na maioria em redes sociais, posicionando-se contra ou a favor de determinado tema, criticando ou elogiando determinada situação.

Tais manifestações, com igual frequência são levadas a órgãos disciplinares, resultando, em muitas situações, em punições administrativas. É de realçar também que os órgãos disciplinares só, e somente, são acionados em razão da condição de agente público; no caso, a pessoa que proferiu tal manifestação. Caso este fosse um particular sem vínculo com qualquer atividade que chamasse a atenção, não haveria a menor consequência e tudo não passaria do exercício da liberdade de expressão.

A manifestação de um agente público que cause eventual polêmica logo ganha corpo e é explorada tendenciosamente por setores de imprensa, de modo a alimentar o tema tornando-o maior ou com a intenção diversa da inicial, insuflando os órgãos disciplinares.

Em apertada síntese, punir a expressão de alguém, alegando ser esta pessoa agente público e, como tal, deve guardar zelo, ponderação, entre outros argumentos retóricos utilizados, é punir a pessoa pelo que ela é, e não pelo que fez, bem como retirar-lhe parcela da cidadania por exercer determinado cargo e não por seus atos. A bem da verdade, esse exercício punitivo se torna patrulhamento ideológico e afronta a gênese dos direitos fundamentais.

Um agente público é tão cidadão como qualquer outro, possui os mesmos direitos (salvo restrição constitucional) enquanto cidadão e da mesma forma deve ser tratado e punido. Exercer controle sobre sua cidadania de forma diferenciada é patrulhar o seu pensamento.

Se a todas as pessoas são previstas punições legais por excessos na liberdade de expressão, da mesma forma deve ser em relação ao agente público, que, além do Judiciário, possui uma esfera administrativa específica de controle.

A manifestação do pensamento só pode ser de interesse administrativo disciplinar quando disser respeito às funções. Se em nada interferir, não há razão próxima ou remota para acionamento dos órgãos correccionais. Ao se admitir esse controle, pode-se igualmente controlar a liberdade de crença, que é tão fundamental como a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>>. Acesso em: 13 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 14. n. 104. out. 2012/jan. 2013. Brasília-DF: Presidência da República, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TÔRRES. Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, n. 200, out./dez. 2013.

Artigos de grande repercussão

Habeas Corpus: a gazua brasileira

Edilson Mougenot Bonfim

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri
Professor convidado da Universidade de Aix-Marseille – França
Professor-Fundador da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais

Artigo publicado no Puggina.org, em 6 de abril de 2018

O interessante é a solenidade da “tonteria” dos que recitam a história e a beleza do *habeas corpus*. Após dar “15 voltas” na chave de fenda (para apertar e torcer o direito) colocam o “habeas corpus” como a oitava maravilha do mundo. Para não ir longe, penso que não seja má fé, mas absoluta ignorância no que seja, à luz do direito comparado, já que não foi inventado aqui. Conquanto tenha sido um achado na época do absolutismo monárquico, transformá-lo em joia da coroa em tempos de democracia é quase um crime de lesa-majestade: na Espanha praticamente inexistente – muito pouco – tendo sido substituído por um « genérico », chamado “recurso de amparo”; na França, tem muita gente que estuda e nele jamais ouviu falar (na prática, inexistente); na Inglaterra onde nasceu, também morreu. Do berço ao túmulo ele é inglês. Façam uma pesquisa (em inglês) pela internet e verão quão raro é naquele país. Tenho muitos livros de processo penal inglês que jamais falam do HC. No chamado mundo civilizado, se entendeu que tal instituto pertencia verdadeiramente a uma época de bárbaros, onde as autoridades prendiam sem nenhuma razão. Não existe preconceito contra autoridade, como se estabeleceu em nosso país. No Brasil os bárbaros não são os bandidos, já que há um pressuposto de barbárie para cada autoridade contra quem se impetra esse “canivete suíço”.

Não é uma barbaridade? O cognome de qualquer jovem que termine uma faculdade de direito no Brasil: “Habeas corpus”, tamanha a recitação

e doutrinação acadêmica. Perguntem aos acadêmicos de outros países do que trata a expressão e eles dirão nunca terem ouvido falar. O Brasil é o país que quando se vai beber vinho, o consumidor fica meia-hora cheirando e valorizando uma simples rolha e dando-lhe importância. O HC é a rolha do direito que no exterior pertence ao passado, no presente já não existe, mas no Brasil tem a dignidade de um grande vinho, conquanto seja uma mísera rolha. No dia que se compreender quem é bandido e quem é autoridade concursada – não que um não possa o outro virar –, voltaremos a estabelecer o « princípio de respeito à autoridade » e a presunção de inocência jamais será afrontada em um caso de confirmação de sentença em várias instâncias, porque se saberá que o HC é a « bala de prata » para situações raríssimas, jamais ao alcance da marginália. Quem só conhece HC, só maneja HC, abusando da ignorância de quem não ouve, não estuda e não lê. Mas, professor, como vou advogar? Simples, « advogando », como fazem todos os colegas nos demais países aos quais não falta imaginação defensiva, e para os quais o HC é interposto só muito raramente, de modo a impedir sua banalização, manejando-se assim um sem número de outros institutos de defesa em favor de um cliente. No Brasil o HC virou melopeia, aquele « sambinha de uma nota só ». E com ele tudo se pretende curar. Até « sem-vergonhice ».

As ideias e as suas consequências

Fábio Costa Pereira

Procurador de Justiça do Ministério Público no Rio Grande do Sul
Especialista em Inteligência Estratégica

Luiz Marcelo Berger

Doutor e mestre em Administração

Artigo publicado no Blog Fausto Macedo, em 12 de março de 2018

O tráfico de drogas é um negócio bilionário, tentacular e violento que se espalha pelo tecido social da mesma forma que um câncer metastático. Nenhuma, ou quase nenhuma outra atividade lícita ou ilícita, oferece a mesma rentabilidade. Em que pese a crueza da analogia, ela é perfeita, pois revela, com precisão, o *modus operandi* deste negócio. Qualquer análise que desconheça essa realidade pecará pela imprecisão. Aos traficantes pouco importa os meios utilizados para atingir os seus fins. Não há, por parte deles, qualquer juízo moral. Isso ocorre porque estes agentes econômicos são estritamente racionais¹. O que lhes interessa é atingir os resultados esperados, ainda que, para isso, usem subterfúgios que, para nós, comuns do povo, seriam impen-sáveis, tais como o uso de gestantes na estrutura criminosa. A possibilidade de enriquecimento quase instantâneo serve como poderoso magneto que atrai pessoas dispostas a tudo para obter lucro fácil, independentemente de qualquer juízo de valor. A constatação das motivações para o cometimento deste tipo de crime encontra guarida em incontáveis pesquisas empíricas realizadas em presídios brasileiros e no exterior.

¹ Leia-se o artigo seminal de Gary S. Becker de 1968, que demonstra com riqueza de detalhes este comportamento.

Apontam as pesquisas que o interesse econômico, a alta rentabilidade e a pouca probabilidade de punição são importantes incentivos que levam os agentes a se aventurar no mundo da traficância².

O conhecimento desta realidade microeconômica, portanto, deveria ser precedente a qualquer decisão jurídica ou política sobre o tema, pois, dessa forma, evitar-se-ia a adoção de medidas com previsíveis e desastrosas consequências. Infelizmente, não foi o que ocorreu durante o julgamento do HC 143641. No dia 20 de fevereiro deste ano, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao julgar HC Coletivo impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CadHu), em favor de todas as presas grávidas e com filhos menores de 12 anos de idade, decidiu que as mulheres nessa singular situação, independentemente da verificação de outros critérios, se presas preventivamente estiverem, deverão ser colocadas em aprisionamento domiciliar, sem prejuízo de outras medidas alternativas à prisão, em prazo máximo de sessenta dias.

A decisão deve atingir de imediato, assim que implantada, aproximadamente 4,5 mil mulheres, o equivalente a 10% da totalidade da população carcerária feminina no Brasil, isso sem contar, é claro, com as mulheres que, em idênticas condições, no futuro, ao serem presas preventivamente, serão beneficiadas pelos efeitos do HC. O relator do HC, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao votar, após fazer inúmeras digressões acerca das afrontas aos Direitos Humanos que as péssimas condições prisionais impõem às mulheres e a sua prole, decidiu:

[...]gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência [...] enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou

² A literatura nacional tem sido enriquecida sobremaneira com estudos neste sentido, especialmente por parte de Pery Francisco Shikida, cujos estudos sobre sistema prisional incluem mais de dezoito anos de pesquisas e análise comportamentais em todo o país, corroborando minuciosamente os modelos teóricos de comportamento racional do criminoso, particularmente no caso do comércio de drogas ilícitas.

grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício [...].³

A análise do caso concreto, a teor da decisão, em termos subjetivos e objetivos, que sempre marcou a atividade judicial em matéria de persecução criminal, deixará de ser relevante. Deverá o juiz, diante dos pedidos de prisão domiciliar, deduzidos em favor de mulheres grávidas ou com filhos infantes, conceder o benefício independentemente da análise das disposições dos artigos 282 (que trata das hipóteses de concessão de medidas diversas à prisão) e 312 (que trata das hipóteses de prisão preventiva), ambos do Código de Processo Penal.

Aliás, no que diz respeito às exceções à regra estatuída judicialmente, a decisão foi absolutamente espartana. Apenas nos casos em que a mãe praticar crimes marcados pela grave ameaça ou violência, tendo a sua descendência como vítima, ou outras hipóteses excepcionalíssimas (?), é que poderá o juiz negar o aprisionamento domiciliar.

Como decorrência da decisão, não é preciso esforço intelectual mais profundo para se perceber que, diante de tão grande oportunidade comercial, os agentes econômicos ligados ao tráfico de entorpecentes vão ajustar as suas estratégias de comercialização de drogas, recrutando, com maior frequência, “colaboradoras” que ostentem o perfil descrito no HC. No cálculo final da relação entre o custo e o benefício de se traficar, a gravidez e a maternidade de filhos menores de doze anos serão integradas como decisivos vetores.

As consequências, como dito, são previsíveis. Dentre elas, o provável aumento da taxa de natalidade entre as mulheres que se dedicam ao crime. O tempo, senhor da razão, dirá.

Nas palavras do Conselheiro Acácio, personagem do rico universo do escritor Eça de Queiróz, figura bazófia e das obviedades ululantes: “o problema das consequências é que elas sempre vêm no fim!!!”

³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Recuperado em 21 de fevereiro de 2018.

Eis o atual dilema brasileiro, as consequências da decisão em breve se farão sentir nas ruas!

Iniciação científica

Lei 11.343/06 versus art. 290 do Código Penal Militar: uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à Administração Militar à luz da Lei 13.491/17

Raphael Mello de Andrade

Formando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

RESUMO: O presente artigo tem por escopo contextualizar algumas questões relativas à posse de drogas em lugar sujeito à administração militar, sobretudo diante da nova disciplina penal militar trazida pela Lei 13.491/17, que prevê a possibilidade de que os tipos previstos na legislação penal (o que inclui a extravagante) sejam considerados crimes militares. Nesse contexto, é necessário discutir o aparente conflito entre a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e o art. 290 do Código Penal Militar (que prevê o tipo de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar) nos casos relacionados ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a atualidade do tema, bem como pela sua importância prática, ante a expressiva quantidade de casos que envolvem tais condutas no âmbito da Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Militar. Lei 13.491/17. Art. 290 do CPM. Lei de drogas.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Uma discussão já antiga: uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar e a lei de drogas – 3 Da inaplicabilidade da Lei 11.343/06 e do princípio da insignificância aos crimes militares de drogas – 4 Tráfico e uso de drogas em área sujeita à Administração Militar à luz da Lei 13.491/17 – 4.1 A especialidade do art. 290: lugar sujeito à

Administração Militar – 4.2 Art. 9º, Inc. I, do Código Penal Militar: crime definido de modo diverso na Lei Penal Comum – 5 Da inaplicabilidade das alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º à posse para uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à Administração Militar – 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Com a redação dada pela Lei 13.491/17, o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar passa a considerar como militares não apenas os crimes previstos no Código Penal Militar, mas também os dispostos na legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante), desde que cometidos numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f” do referido inciso.

Dessa forma, os crimes militares deixam de ser apenas aqueles constantes no Código Penal Militar, e se considerara como tais qualquer tipo penal existente no ordenamento jurídico, desde que cometido nas hipóteses das alíneas do inciso II do artigo 9º.

Destarte, retoma fôlego uma discussão há tempos existente na jurisprudência e doutrina penais militares: a possibilidade de aplicação da Lei 11.341/06 (Lei de Drogas) às condutas relativas ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes em áreas sujeitas à administração militar.

O presente artigo justifica-se justamente por conta da atualidade do tema e das inúmeras controvérsias que este tem suscitado. Outrossim, ao atuar na Justiça Militar da União, percebe-se que são inúmeros os casos que envolvem drogas em unidades militares, o que faz o tema merecer especial atenção, sobretudo pelo potencial conflito entre o artigo 290 do Código Penal Militar e os dispositivos da Lei 11.343/06.

Pretende-se demonstrar que, em que pese a Lei 13.491/17 admitir que qualquer crime previsto na legislação penal possa ser considerado como militar, desde que cometido numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f” do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar

continua sendo aplicável o artigo 290 do supracitado Diploma, e não as disposições da Lei 11.343/06, dada a especialidade do primeiro.

2 UMA DISCUSSÃO JÁ ANTIGA: USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR E A LEI DE DROGAS

As condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar são umas das que mais geram repercussão no âmbito da Justiça Militar da União, não só pela quantidade de casos existentes, mas também pelos intensos debates que circundam o tema.

Como aponta a “Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase”, tráfico, posse ou uso de entorpecentes (art. 290, do CPM) foram enquadrados no quarto crime de maior incidência na Justiça Militar, no período de 2002 a 2012, representando 7,1% do total de casos, atrás apenas da deserção (art. 187, do CPM), que representa 24,9%; do estelionato (art. 251, do CPM), referente a 10,2% dos crimes denunciados; e do furto (art. 240, do CPM), que motivou 7,2% das denúncias.¹

No ordenamento jurídico pátrio, dois diplomas legais tipificam condutas relacionadas ao uso e tráfico drogas, a saber: a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e o Código Penal Militar.

Na Lei 11.343/06, a posse de drogas para consumo pessoal encontra previsão no art. 28, que comina, para esses casos, as penas de: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Dispõe, ainda, o § 6º que, em caso de descumprimento dessas medidas, pode o juiz submeter o agente, sucessivamente, à admoestação verbal e

¹ BRASÍLIA, Distrito Federal. *Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cab189e0bd2dde8e19d39640f46dd5>. Acesso em: 7 jul. 2018.

multa², inexistente, portanto, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

As condutas relacionadas ao tráfico e à produção de drogas, por seu turno, estão tipificadas no art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena de reclusão de cinco a quinze anos e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.³

Ao contrário da “Lei de Drogas”, que tipifica em dispositivos diversos as condutas relativas ao uso e ao tráfico de drogas, conferindo-lhes tratamento legal diverso, o Código Penal Militar, num único dispositivo (art. 290), comina a mesma pena: reclusão de até cinco anos, para o traficante e o usuário. Conforme Enio Luiz Rosseto, tal sistemática acompanha a lógica do Decreto-Lei nº 385/1968, que equipara as condutas de traficar e trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, e se encontra defasada em relação à legislação especial de drogas. (ROSSETO, 2015, p. 968)

A Lei 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), cuja finalidade é articular, integrar, organizar e coordenar atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (ANDREUCCI, 2017, p. 217), apresentando clara distinção no tratamento conferido aos usuários e traficantes, motivo pelo qual é apontada como a visão legal mais atual a respeito do tema.

Desse modo, desde a entrada em vigor da “Lei de Drogas”, discute-se se as disposições de tal diploma legal teriam aplicação aos casos relacionados ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

3 DA INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/06 E DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES MILITARES DE DROGAS

Na seara do Direito Penal Militar, muito se discutia, antes mesmo da Lei 13.491/17, acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignifi-

² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm > Acesso em: 8 jul. 2018.

³ Idem, Ibidem.

cância, bem como da Lei 11.343/06, aos casos de uso de drogas em lugar sujeito à administração militar, em virtude da existência de entendimento segundo o qual, o art. 290 é desproporcional e defasado em relação às disposições da “Lei de Drogas”.

Contudo, dado o caráter especial do Código Penal Militar, vinham-se aplicando aos delitos relacionados ao uso e tráfico de entorpecentes em área sujeita à administração militar os dispositivos presentes nesse Diploma, predominando o entendimento de que os crimes militares de drogas não estavam sujeitos ao Sisnad.⁴

Nesse sentido, a Súmula nº 14 do Superior Tribunal Militar: “Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União”⁵

Como bem sinaliza a supratranscrita Súmula, a inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes de drogas em locais sujeitos à Administração Militar decorre da própria especialidade da legislação militar. Deve-se ter em mente que, nesses casos, mais do que a saúde pública, também se tutela, enquanto bem jurídico, a regularidade das instituições militares. (NEVES, 2012, p. 1309)

A doutrina especializada também posicionava-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, bem como da Lei 11.343/06, aos casos envolvendo tráfico e uso de drogas em locais sujeitos à administração militar (situação que pode mudar a partir da Lei 13.491/17), apesar dos discursos daqueles que entendem por desproporcional a resposta dada pelo Direito Penal Militar ao usuário de drogas.

Carlos Frederico de Oliveira Pereira, por exemplo, entende como justa a criminalização não apenas do tráfico, como também da posse para

⁴ GALVÃO, Fernando. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmulas. Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

uso, e, mais acertada ainda, a previsão de pena idêntica para o usuário e traficante. Ademais, salienta que:

Em meio à caserna, o tráfico e uso de entorpecentes têm efeitos muito mais funestos. É prática que atinge em cheio a disciplina militar, sem contar que, lembre-se, militar usa normalmente arma. Pense-se no risco para os colegas de farda e até para o meio civil. (PEREIRA, 2007, p. 30)

Aos menos afeitos às peculiaridades do Direito Penal Militar e da vida na caserna, pode parecer irrazoável a previsão de pena restritiva de liberdade em relação à conduta de trazer consigo drogas para uso próprio, e desproporcional a imposição, em abstrato, da mesma quantidade de pena tanto para o usuário quanto para o traficante. Contudo, o Direito Penal Militar é um ramo especializado do Direito Penal, que possui disciplina legal própria, de modo a afastar institutos a ele estranhos e incondizentes com seus princípios.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 11.343/06, a partir do ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a demonstrar duas posições diferentes quanto a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares de porte de pequenas quantidades de drogas em local sujeito à administração militar.

Nessa esteira, a 2ª Turma do Supremo passou a ter posicionamento favorável à aplicação do referido princípio, bem como do art. 28 da Lei de Drogas (superveniente e mais benéfico) aos crimes militares de drogas. Em sentido contrário, pela inaplicabilidade da bagatela, a 1ª Turma (ASSIS, 2017, p. 892), quando se tratasse de crime cometido em área sujeita à administração militar.

Encaminhada a questão ao Pleno, o Pretório Excelso, no HC 103.684, decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, bem como pela especialidade do art. 290 do Código Penal Militar, em relação à posse de drogas em lugar sujeito à administração militar, conforme ementa abaixo transcrita.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar.

2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que

as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim.

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143).

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela

via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”.

6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

7. Ordem denegada.⁶ (grifos nossos).

Irretocável, no caso, o entendimento da Suprema Corte que, em atenção à especialidade, aos valores e aos princípios próprios do Direito Penal Militar, tutor de bens jurídicos inerentes à vida na caserna e às suas constitucionais missões, afastou institutos jurídicos estranhos e incompatíveis com esse ramo especializado do Direito.

Noutro viés argumentativo, independentemente da quantidade apreendida, mesmo nos casos de posse para uso pessoal, é inaplicável o

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, PLENO. Habeas Corpus 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 21.10.2010, DJe 13.04.2011. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=13/04/2011&incidente=3873761&codCapitulo=5&numMateria=50&codMateria=1> >. Acesso em: 9 jul. 2018.

princípio da insignificância, visto que, por se tratar de crime de perigo abstrato, e que tutela a saúde pública, não é exigível a efetiva lesão ao bem jurídico ou sua colocação em risco real e concreto, para que esteja configurado o crime, de modo que, impossível é a aplicação do princípio da bagatela, pois, independentemente da existência de resultado material, a lesão já se encontra caracterizada.

Como adverte Adriano Alves-Marreiros, o tipo penal (art. 290 do CPM), bem como a norma penal que o complementa (Portaria 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde), não exige qualquer quantidade para que se configure o crime, de sorte que, “qualquer quantidade encontrada nas condições do crime militar oferece o perigo exigido pelo crime de perigo abstrato de que estamos tratando” (ALVES-MARREIROS, 2015, p. 1304).

Noutra senda, com base em argumentos que não se afastam dos expostos anteriormente, a doutrina penal militar relativa ao tema também concluía pela inaplicabilidade da Lei de Drogas no Direito Penal Militar (situação que, repita-se, pode ser modificada após a vigência da Lei 13.491/17).

Conforme bem assinala Guilherme de Souza Nucci, no confronto com a Lei 11.343/06, prevalece o disposto no art. 290, do Código Penal Militar, em face do critério da especialidade. A distinção entre tráfico de drogas e posse para uso feita pela Lei de Drogas não se aplica ao contexto militar, tendo em vista a diversidade de situações e a exigência, na vida da caserna, de maior rigor (NUCCI, 2014, p. 444).

Esse maior rigor da norma penal militar, mesmo no caso de posse para uso pessoal, decorre dos basilares princípios da hierarquia e da disciplina, que restam comprometidos toda vez que drogas são inseridas no ambiente militar, seja pelo traficante, seja pelo usuário. Impossível pensar que exista qualquer compatibilidade (ou mesmo aceitabilidade social), entre o tráfico e uso de drogas e o dever militar, de modo que, dado o grau de reprovabilidade da conduta, esta merece sim tratamento penal distinto.

Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial; não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos ou não posterior condução de uma viatura policial em emergência. Dessa forma, ainda que o cigarro de maconha não seja consumido dentro do quartel, mas apenas lá guardado, parece obrigatória a repressão da atitude pela aplicação do Direito Penal Militar. (NEVES, 2012, p. 1310)

O enquadramento, num mesmo tipo penal, da conduta do usuário e do traficante, conferindo-lhes, em abstrato, o mesmo tratamento penal, não viola, necessariamente, o princípio da proporcionalidade, pois, foi opção do legislador, que considerou como igualmente reprováveis as condutas de portar para uso próprio e traficar drogas em local sujeito à administração militar, em atenção às peculiaridades da vida na caserna.

Inobstante a reconhecida inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, é possível o uso da principiologia (a exemplo da razoabilidade), a fim de conferir melhor aplicação às leis. Contudo, a interpretação não pode se afastar da *ratio legis* e desvirtuar, desta maneira, legítimo instrumento de um Estado de Direito. Outrossim, como bem sinaliza Jorge Cesar de Assis, a Lei 11.343/06 apenas revogou de forma expressa as Leis 10.490/02 e 6.638/76, razão por que, não houve alteração nos arts. 290 e 291 do Código Penal Militar. (ASSIS, 2017, p. 892)

Percebe-se, portanto, que, em atenção aos princípios da hierarquia e disciplina, bem como à especialidade do Direito Penal Militar, não se admitia a aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares envolvendo drogas, sobre os quais incidiam, exclusivamente, o regramento do art. 290 do Código Penal Militar. Contudo, em face da Lei 13.491/17, que estende a legislação penal extravagante ao Direito Penal Militar, a situação pode ganhar novos rumos e debates, conforme passaremos a discutir.

4 TRÁFICO E USO DE DROGAS EM ÁREA SUJEITA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR À LUZ DA LEI 13.491/17

A Lei 13.491/17 alterou a redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, de modo a ampliar o rol dos tipos penais militares, albergando crimes inexistentes nesse Diploma legal, mas previstos na legislação penal comum. (ROTH, 2017, p. 30)

Por crimes previstos na legislação penal, conforme a nova redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar⁷, deve-se entender os tipos penais previstos tanto no Código Penal, quanto em toda legislação esparsa. Nessa senda, reavivou-se a discussão iniciada na primeira década do século passado a respeito da aplicabilidade da Lei 11.343/06 aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

Conforme anteriormente demonstramos, a entrada em vigor da Lei 11.343/06 não teve o condão de afastar a aplicabilidade do art. 290 do Código Penal Militar aos casos envolvendo o ingresso ilícito de drogas em locais sujeitos à administração militar. Contudo, com o advento da Lei 13.491/17, já surge entendimento, segundo o qual, a partir da novel Lei, a situação deve ser alterada, de modo que, aos crimes militares de drogas passam a ser aplicáveis os dispositivos da “Lei de Drogas”.

Nesse sentido, posiciona-se Fernando Galvão, para quem, no conflito entre a norma incriminadora do art. 290 do Código Penal Militar e os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, devem prevalecer as disposições mais recentes, que são as da Lei de Drogas.⁸

⁷ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017) (BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.)

⁸ GALVÃO, Fernando. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Conforme Galvão, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de sucessão de leis no tempo, de modo que, a previsão típica posterior (Lei 11.343/06), que possui a visão mais atual sobre o tema das drogas, revogaria a anterior (art. 290, do CPM), com ela incompatível. Assegura ainda não ser possível sustentar a aplicação do art. 290 com base na especialidade, pois, a partir da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei 11.343/06 também são militares. Nas palavras do autor:

Com a mudança promovida pela Lei 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006.⁹

Também favorável à aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares de entorpecentes se apresenta Ronaldo João Roth, para quem, algumas condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, como “exportar” e “importar”, se praticadas numa das hipóteses do inciso II art. 9º do Código Penal Militar, serão crimes militares, assim como todas as outras condutas típicas previstas na Lei de Drogas quando praticadas durante o serviço ou em razão da função (art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM).(ROTH, 2017, p. 30)

⁹ GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Data máxima vênia, impossível concluir, como fazem Fernando Galvão e Ronaldo João Roth, pela aplicabilidade da Lei 11.343/06, isso porque, ao contrário do que afirma o primeiro, não se trata de mera sucessão de leis no tempo, mas sim especialidade da norma penal. Outrossim, os eminentes magistrados conferem interpretação que consideramos equivocadas quanto às alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, conforme analisaremos à frente.

Ademais, incabível a combinação de tipos penais, como parece sugerir Roth, ao afirmar que se aplicam condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal Militar (a exemplo de “exportar” e “importar”), mas previstas na Lei 11.343/06, desde que praticadas nas hipóteses do inciso II.

4.1 A especialidade do art. 290: lugar sujeito à Administração Militar

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, uma norma é considerada “especial” em relação a outra quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de outros denominados “especializantes”, ou seja, acrescenta elementar própria à descrição típica prevista na norma geral. (BITENCOURT, 2011, p. 225)

Ensina Rogério Greco que:

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *Lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. (GRECO, 2014, p. 30)

Nessa senda, a norma disposta no art. 290 do Código Penal Militar é especial em relação aos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, por possuir elementar

“especializante”, qual seja, exigir, para perfeita subsunção da conduta ao tipo, que o fato seja cometido em lugar sujeito à administração militar.

Outra não é a visão de Coimbra Neves e Streinfinger que, ao analisarem o art. 290 do Código Penal, asseveram que, “na figura do *caput* há necessidade de que a conduta seja praticada em local sujeito à administração militar”. Tal imprescindibilidade resta evidente da simples leitura do tipo penal.

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:¹⁰ (Grifamos).

Embora não possua todos os elementos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 (como pressupõe Bitencourt), até mesmo pela quantidade de verbos presentes nesses dispositivos legais, sobretudo no segundo, o art. 290 do Código Penal Militar possui elementar especializante, consubstanciada na expressão “lugar sujeito à administração militar”.

Mais do que o simples ato de vender, produzir, fornecer, trazer consigo, etc., exige-se, para que se amolde ao tipo penal previsto no art. 290, que a conduta seja realizada em local sujeito à administração militar, circunstância inexistente nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas, apta a configurar a “elementar especializante”, que torna o tipo do Código Penal Militar especial em relação aos previstos na Lei 11.343/06, afastando assim a aplicação dessa legislação extravagante.

Apesar das especificidades da lei penal militar, já havia, antes mesmo da Lei 13.491/17, quem defendesse a revogação do art. 290 do Código Penal

¹⁰ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

Militar, ante a previsão constante no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas¹¹, que institui uma causa de aumento de pena para o caso em que o crime de tráfico fosse cometido, entre outras hipóteses, em unidades militares (PEREIRA, 2007, p. 30). Agora, com a extensão da legislação penal para o Código Penal Militar, pode-se reavivar tal argumento, com o qual não se pode concordar.

Não é possível compreender a causa de aumento supramencionada como uma especializante apta a afastar a aplicação do art. 290 do Código Penal Militar. Primeiro porque, a previsão do inciso III, do art. 40, da Lei 11.343/06, não é elementar típica, mas mera causa de aumento, genérica aos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, e não acolhida pela legislação penal militar, que apenas albergou, a partir da Lei 13.491/17, os tipos penais (preceitos primários e secundários) da legislação penal.

Ademais, o conceito de “lugar sujeito à administração militar” (presente no art. 290 do CPM) é mais amplo que o de unidade militar (constante na causa de aumento da Lei 11.343/06), de modo que, o abarca.

Nas palavras de Lobão,

Local sob administração militar é o que pertence ao patrimônio das Forças Armadas, da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militares ou encontra-se sob a administração dessas instituições militares, por disposição legal ou ordem igualmente legal de autoridade competente. O local pode ser móvel ou imóvel, como veículo, embarcação, aeronave, etc. (LOBÃO, 2006, p. 126)

¹¹ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 8 jul. 2018).

Unidade militar, por outro lado, como se depreende do art. 14 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais do Exército (RISG), é a Organização Militar da Força Terrestre “cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior, exceto as subunidades independentes, podendo ser regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque, base ou depósito”.¹²

Comparando-se o conceito de lugar sob administração militar dado por Lobão com a definição de unidade militar prevista no RISG, percebe-se que o segundo está contido no primeiro, que é muito mais amplo, abarcando não somente organizações militares, mas também todo o patrimônio que pertence ou está sob a administração das instituições militares. Desse modo, por exemplo, uma viatura policial seria local sujeito à administração militar, mas não uma unidade militar, de modo que, o art. 290 do Código Penal seria aplicável, enquanto o art. 40, III, da Lei 11.343/06, não.

Por tudo exposto, é impossível não concluir pela aplicação do princípio da especialidade no aparente conflito entre o art. 290 do Código Penal Militar e os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, aplicando-se o primeiro quando se trate de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

4.2 Art. 9º, Inc. I, do Código Penal Militar: crime definido de modo diverso na lei penal comum

A Lei 13.491/17 não alterou o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar, razão pela qual, permanecem crimes militares os previstos nesse Código, “quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”¹³.

Segundo Ione de Souza Cruz e Claudio Amim Miguel, o art. 9º divide-se em três incisos:

¹² BRASIL. EXÉRCITO. Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1). Disponível em: < <http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf> >. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹³ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

- I – crimes tipicamente e propriamente militares;
- II – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da ativa;
- III – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da reserva, reformado ou civil. (CRUZ; MIGUEL, 2005, p. 24) (Grifamos)

Ainda conforme os autores, o inciso I deve ser analisado por partes, sendo que, a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”) refere-se aos crimes definidos no Código Penal Militar que possuem todas as elementares dos descritos no Código Penal, com algo a mais, que caracteriza sua natureza militar. Como exemplo, o crime de incêndio, que possui previsão em ambos os códigos. (CRUZ; MIGUEL, 2005, pp. 30-31)

Código Penal – “Art. 250 – Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”¹⁴.

Código Penal Militar – “Art. 268. Causar incêndio em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”¹⁵. (Grifamos)

Desse modo, percebe-se que, o crime de incêndio possui previsão típica tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar, tratando-se de crime militar quando a conduta do agente, civil ou militar, for praticada em lugar sujeito a administração militar.

Também ao comentar o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar, Enio Luiz Rosseto o decompõe em duas partes, tratando a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”), como a que radica os crimes impropriamente militares, que encontram previsão na legislação penal comum e no Código Penal Militar, sendo que, neste caso, a definição do delito possui especializante no tipo penal que o distingue

¹⁴ BRASIL. Lei n. 2.848. 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

do crime comum. Tal é o caso do ato obsceno (art. 238 do CPM e art. 233 do CP), que adotou como elemento especializante o local do crime, de modo que, o fato é considerado crime militar se o civil ou militar “praticar ato obsceno em lugar sujeito à administração militar”.

Sem entrar na discussão quanto à classificação que deve ser atribuída aos crimes de que trata a primeira parte do inciso I, certo é que, nesses casos, o tipo incriminador previsto no Código Penal Militar, possui elementar especializante que o difere da prevista na lei penal comum e que torna o crime militar. Pensamos que, como já exposto, seja esse o caso do art. 290 do Código Penal Militar, que possui a especializante “lugar sujeito à administração militar”. Tal, também, é o entendimento adotado por Carlos Frederico de Oliveira Pereira, para quem,

No caso de tráfico e posse ilícita de entorpecentes tem-se crime de definição diversa na lei penal comum, art. 9º inciso I do CPM, o que caracteriza automaticamente o crime militar, pouco importa se o sujeito ativo é militar ou civil, caso o comportamento, é claro, ajaste-se à norma incriminadora, dando ensejo à fixação da competência castrense, posto que, à luz dos artigos 124 e 125 § 4º da Constituição Federal, somente a Justiça Militar julga crimes militares, excetuadas as hipóteses de foro privilegiado por prerrogativa de função. (PEREIRA, 2007, p. 30)

Desse modo, em virtude da elementar especializante prevista no art. 290 do Código Penal Militar, que exige, para perfeita subsunção ao tipo, que as condutas relativas ao uso ou tráfico de drogas sejam praticadas em lugar sujeito à administração militar para que se configure o crime militar, percebe-se que o referido tipo penal está entre as hipóteses do inciso I do art. 9º, que não sofreu qualquer alteração por parte da Lei 13.491/17.

Nesse caminhar, aduz Coimbra Neves que, assim como os artigos que preveem crimes militares em espécie, o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar não foi alterado ou revogado pela Lei 13.491/17, de sorte que, os tipos existentes apenas nesse Código, ou nele tipificados de maneira subs-

tancialmente diversa, ainda são crimes militares, com subsunção marcada, exclusivamente, pelos elementos típicos da Parte Especial do Código Castrense, tais como a violência contra inferior (art. 175 do CPM); e o tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeitos análogos (art. 290 do CPM) (NEVES, 2017, p. 23). Desse modo, atendidas as elementares do art. 290 do CPM, está-se diante de um crime militar, sem necessidade atender qualquer outra condição.

Conclui-se, portanto, que, a vigência da Lei 13.491/17 não implicou na revogação, ou mesmo em qualquer alteração no art. 290 do Código Penal Militar, que continuará a ser o dispositivo penal aplicável aos casos de tráfico e uso de entorpecente em lugar sujeito à administração militar.

5 DA INAPLICABILIDADE DAS ALÍNEAS “B” E “C” DO INCISO II DO ART. 9º À POSSE PARA USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Como já exposto, Fernando Galvão e Ronaldo João Roth entendem que, após a entrada em vigor da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei de Drogas podem ser considerados militares.

Conforme Galvão, realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar.¹⁶

Roth, por sua vez, entende que as condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal Militar, como “importar” e “exportar”, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, se praticados numas das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, serão crimes militares, assim como as demais condutas típicas previstas na Lei 11.343/06, quando praticadas na forma do art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM. (ROTH, 2017, p. 30)

¹⁶ GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul. 2018.

Em que pese o esforço doutrinário expendido pelos autores, por tudo quanto exposto, não cremos ser possível a adoção de tais entendimentos. Como já sinalizado, o art. 290, por possuir redação diversa da lei comum, encaixa-se à hipótese do inciso I do art. 9º, também do Código Penal Militar, de modo que, basta que sejam satisfeitas as elementares previstas no tipo para que se esteja diante de um crime militar. Outrossim, Galvão e Roth conferem, respectivamente, às alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º errônea interpretação.

Do exposto por Fernando Galvão, depreende-se que, para o autor, após a Lei 13.491/17, a elementar “lugar sujeito à administração militar”, prevista no art. 290 do Código Penal Militar, não mais confere especialidade ao referido tipo, isso porque, aos crimes previstos na Lei 11.343/06 aplica-se a alínea “b” do inciso II do art. 9º do CPM, segundo a qual, consideram-se crimes militares os previstos nesse Código e na legislação penal, quando praticados “por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.”¹⁷(Grifamos).

Desse modo, para Galvão, os crimes previstos na Lei de Drogas (o que inclui os arts. 28 e 33), quando praticados em lugar sujeito a administração militar seriam crimes militares, afastando a incidência do art. 290 do Código Penal Militar. Para o autor, a combinação dos arts. 28 e 33 com o art. 9º, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, por questão de sucessão da lei no tempo, afastaria o art. 290 do CPM.

De igual modo, Ronaldo João Roth entende pela aplicabilidade dos tipos previstos na Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, quando combinados com o art. 9º, inciso II, alínea “c”, do Código Penal Militar.

Com todo respeito aos ilustres doutrinadores, as conclusões a que chegam, e que afastam a aplicação do art. 290 do CPM aos casos de posse para consumo pessoal e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração

¹⁷ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul. 2018.

militar, decorrem de equivocadas interpretações das alíneas “b” e “c”, do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar.

Inicialmente, cabe advertir, como já expusemos, que o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, na forma do *caput* do art. 290 do Código Penal Militar, pode ser cometido tanto por militar, quanto por civil. O inciso II do art. 9º do CPM, por outro lado, apenas cuida de condutas que têm como sujeito ativo o militar em atividade (SARAIVA, 2014, p. 46).

Na forma da alínea “b” do referido inciso, considera-se crime militar, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar e na legislação penal quando praticados por militar em situação de atividade, “em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil”¹⁸. Desse modo, para que o crime seja considerado militar, na forma da alínea “b”, a conduta deve atender, cumulativamente, a todos os requisitos previstos:

- a) praticado por militar em atividade;
- b) em lugar sujeito à administração militar;
- c) contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

Não é suficiente, portanto, que a conduta seja praticada em lugar sujeito à administração militar, ao contrário do que parece sugerir Fernando Galvão.

Das lições de Célio Lobão, é possível, no particular, extrair o que segue:

Nos termos da alínea b do inc. II, são requisitos do crime militar: local do crime sob administração militar, sujeito ativo militar e sujeito passivo civil. Indispensável o atendimento dos três requisitos para a militarização do delito com igual definição na lei penal comum.
(...)

¹⁸ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul. 2018.

Temos, na alínea b, o critério *ratione loci*, acrescido da condição de militar do agente e de civil do ofendido, subordinado, no entanto, ao critério *ratione legis* sempre presente na conceituação do delito militar. (LOBÃO, 2006, p. 125) (grifamos)

Silvio Martins Teixeira, em comentário à alínea “b” do inciso II do art. 6º do Código Penal Militar de 1944, cuja redação é idêntica à da alínea “b” do inciso II do art. 9º do atual Código Penal Militar, explicava que “razoável é que se considerem atentatórios das instituições militares os crimes praticados por militar ou assemelhado contra qualquer pessoa, em lugar sujeito à administração militar” (TEIXEIRA, 2015, p. 117). Desse modo, percebe-se que, para Martins Teixeira, os crimes praticados por militares em lugar sujeito à administração militar devem-se dirigir contra pessoas para que se configure a hipótese da alínea em apreço.

Importante lembrar que, nos crimes relativos ao uso e tráfico de drogas, tutela-se a saúde pública, de maneira que, não é possível que tais crimes preencham todos os requisitos da alínea “b”, pois, embora possa ser cometida por militar (a) e em local sujeito à administração militar (b), não é possível que a conduta seja dirigida contra uma pessoa, seja militar da reserva, reformado ou civil (c), pois fere bem jurídico da coletividade, e não de pessoa determinada.

Raciocínio semelhante é aplicável à alínea “c” do inciso II do art. 9º, que caracteriza como crime militar o fato de a conduta ser praticada por militar em situação de atividade, ainda que fora de local sujeito à administração militar, contra militares inativos ou contra civis, desde que ajam em razão do serviço, função que desempenha ou comissão recebida (SARAIVA, 2014, p. 48). Dessa maneira, para que se amolde à alínea “c”, a conduta, além de ser praticada por militar em razão do serviço, deve ser dirigida contra civil (pessoa física determinada), que não é, como já dito, o bem jurídico tutelado pelos crimes de drogas.

Ainda que não se concorde com tudo quanto aqui expusemos, necessário atentar para o fato de que, como já advertimos, o inciso II do art.

9º do Código Penal Militar apenas trata das hipóteses cujo sujeito ativo é o militar em atividade, de modo que, pugnar pela aplicação dos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, combinados com qualquer das alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, em detrimento do art. 290, do mesmo diploma legal, seria o mesmo que tornar a posse para uso e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar crime propriamente militar, desvirtuando a própria lógica da legislação penal militar.

A posse e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar são condutas que ferem mais do que a saúde pública, atingindo também a regularidade das instituições militares (NEVES, 2012, p. 1309), de modo que, devem ser consideradas crimes militares, quer sejam cometidas por militar, quer sejam cometidas por civil, pois colocam em xeque os basilares princípios da vida castrense.

Por tudo quanto argumentado, apenas é possível concluir pela permanência da aplicação do tipo de “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, presente no art. 290 do Código Penal Militar, pois, além de não ter sido revogado pela Lei 11.343/06 ou pela Lei 13.491/17, é o dispositivo penal aplicável aos crimes de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a sua especialidade, que lhe capacita a melhor tutelar a hierarquia e disciplina militar, afastando-se assim a aplicação da Lei de Drogas, afeita à legislação comum.

Ainda que anteriores à Lei 13.491/17, permanecem atuais as lições do Procurador de Justiça Militar da União, Luciano Moreira Gorrilhas, para quem:

A hierarquia e disciplina, supedâneos indispensáveis para a operacionalidade das Forças Armadas, constituem-se no bem jurídico imediato a ser protegido, razão pela qual comungo com a ideia de que não devem ser aplicados, no âmbito da justiça castrense, alguns institutos de direito penal comum, notadamente aqueles que, por suas características intrínsecas, estão mais afeitos à citada legislação e, portanto, não se coadunam com a índole da legislação penal militar. (GORRILHAS, 2011, p. 13)

O argumento de que o art. 290 do Código Penal Militar encontra-se defasado, sobretudo em relação às disposições previstas na Lei 11.343/06, que traz a visão legal mais atual a respeito das drogas, não é suficiente para afastar o tipo especial previsto no CPM, que não fora revogado, e continua a ser o dispositivo apto e que melhor tutela os interesses inerentes às instituições militares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da entrada em vigor da Lei 13.491/17, reaviva-se a discussão quanto à possibilidade de que os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 possam ser considerados crimes militares, de forma a afastar a incidência do art. 290 do Código Penal Militar, que tipifica o crime de “tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, que condensa, num mesmo dispositivo, as condutas ligadas ao uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar, conferindo-lhes igual reprimenda penal.

Embora se argumente que o art. 290 do Código Penal Militar é norma defasada e injusta, conforme demonstramos, ela não foi revogada, vez que é tipo penal especial e se enquadra à hipótese do inciso I do art. 9º desse Diploma Castrense, que não sofreu qualquer reflexo em decorrência da Lei 13.491/17, de modo que, deve continuar sendo a norma penal aplicável aos casos que envolvem posse para uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar.

Ainda que pareça injusto que a pena aplicável ao usuário e ao traficante seja a mesma e, mais ainda, que o civil se submeta ao mesmo tipo penal, é importante lembrar que, está-se diante de um crime de perigo abstrato, que visa reprimir os possíveis e nefastos efeitos do ingresso de drogas em locais sujeitos à administração militar. Como se advertiu, o tipo do art. 290 do Código Penal Militar tutela mais do que a saúde pública, promovendo, também, a proteção à regularidade das instituições militares.

A inserção de drogas no âmbito castrense, seja promovida pelo militar, seja promovida pelo civil, seja para uso próprio, seja para tráfico, representa

enorme risco ao regular funcionamento das instituições militares, baseadas nos princípios da hierarquia e disciplina, que restam comprometidos quando a capacidade cognitiva do militar está alterada pelo uso de substâncias entorpecentes.

Nessas situações, a própria sociedade, que depende da proteção conferida pelas Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, é colocada em situação de vulnerabilidade.

Por isso, impossível tolerar que drogas sejam inseridas no âmbito das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, a quem foram constitucionalmente incumbidos, respectivamente, a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, a preservação da ordem pública e a defesa civil.

Ao prever, como elementar típica do art. 290, que o crime seja cometido em lugar sujeito à administração militar, a intenção do legislador parece clara no sentido de evitar, especificamente, que as condutas relacionadas ao uso e tráfico de entorpecentes sejam cometidas nesse local, a fim de tutelar, assim, a regularidade das instituições militares. A Lei 11.434/06, por outro lado, é legislação atinente ao direito penal comum, que não leva em consideração as peculiaridades próprias que envolvem a vida na caserna.

O art. 290 do Código Penal Militar deve, portanto, continuar sendo aplicado aos casos que envolvam o uso e tráfico de drogas em lugares sujeitos à administração militar, pois é norma especial em relação ao tema e que não foi revogada pelas disposições da Lei de Drogas, mesmo com a entrada em vigor da Lei 13.491/17.

Insta consignar que, embora, em abstrato, a pena prevista pelo art. 290 para o usuário e traficante seja a mesma, é possível que o juiz, sem se desvincular dos parâmetros legais estabelecidos pela norma (pena de até cinco anos), faça um juízo de razoabilidade à luz do caso concreto, proporcionando, dentro das balizas legais, o justo tratamento a cada situação específica.

REFERÊNCIAS

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

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BITENCOURT, Cezer Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Exército Brasileiro. Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1). Disponível em: <<http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/am/123456789/164/1/RISG.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 8 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase. Disponível em: < https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cab189e0bd2dde8e19d39640f46dd5 >. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmulas. Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 21.10.2010, DJe 13.04.2011. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=13/04/2011&incidente=3873761&codCapitulo=5&numMateria=50&codMateria=1> >. Acesso em: 9 jul. 2018.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul. 2018.

GORRILHAS, Luciano Moreira. A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas. *Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 87, jan./fev. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

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 da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/jun. 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). *Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Código Penal Militar Comentado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Silvio Martins *Apud* ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015.

