

Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança que ocorreu — tratando agora do caput do inciso II e suas consequências. Lei 13.491/2017. (o velho truque das perguntas e respostas para comentar uma nova Lei)

Adriano Alves-Marreiros

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.

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 satisfizer
em 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 artigo¹ 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 um artigo razoavelmente pequeno.

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...

¹ 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.

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: (grifamos)

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 partícipe 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:⁷⁴

“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.² (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 êste 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?

² ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. Método, 05/2015. VitalBook file.

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:

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 essa pergunta, 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”³, em nossa obra já mencionada acima. Não há uma definição consensual nem mesmo uma que se possa 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 insubmissão⁴ esse artigo não abrande apenas os propriamente militares. Sílvio Martins Teixeira⁵ e Mayrink da Costa⁶ 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. 6.º 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”.

³ 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 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.

⁴ 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.

⁵ TEIXEIRA, Sílvio Martins. *Código Penal Militar Explicado*, 1946. p. 47.

⁶ MAYRINK DA COSTA. *Crime Militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45.

Em monografia de conclusão de Especialização em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar⁷, 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 conceitos 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.⁸
3. dos crimes que só existem na legislação militar.⁹

Teremos que responder, então, quanto 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?**

⁷ 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.

⁸ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*, 1994. p. 104.

⁹ 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 dos crimes de chantagem.

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.

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 Militar¹⁰.

¹⁰ ALVES-MARREIROS, Adriano. Da IMPOSSIBILIDADE de usar a autocomposição no Direito Penal e Processual Penal Militares. Publicado na página Direito Penal Militar

Comecemos 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 considerações¹¹:

(...)

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,

do Facebook. Disponível em <
https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1515096788567529&id=867184596692088 > Acesso em novembro 2017.

¹¹ 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.

que requiere el mantenimiento estricto de la disciplina en el ejército”¹²

Hierarquia e Disciplina são as bases constitucionais das Forças Armadas. Constan 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 José 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.

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.

¹² VASQUEZ, Octavio Vejar. *Autonomia del Derecho Militar*, in www.cesdim.org.br

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 consequências 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 15.º 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.¹³

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...

¹³ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 1000-1001.

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 despenalizadores, como essas agora estimuladas pelo CNMP, com sua razão de ser no Direito comum, pudemos 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 consensual.”¹⁴ (grifamos)

¹⁴ Obra citada. 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.¹⁵ (grifamos)

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.

¹⁵ Obra citada, p. 72-73.

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, paragrafo 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, culposos ou preterdoloso; formal, material ou de mera conduta; comissivo ou omissivo) e independentemente da natureza ou do quantum da pena cominada.¹⁶

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”. 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

¹⁶ Obra citada. p. 776.

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. 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”. 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.”¹⁷

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 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”.

¹⁷ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015. p. 847.

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.*¹⁸

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 expendidas em habeas corpus da 2.^a T.

¹⁸ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file

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.⁹⁷

Na verdade, o STF adota, basicamente, os argumentos que nós e outros tantos doutrinadores adotamos.¹⁹ (grifamos)

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

¹⁹ Obra Citada

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!²⁰

Poderíamos nos alongar mais, mas apenas traríamos argumentos semelhantes no sentido de reforçar a importância que a peculiaridade 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**

²⁰ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file

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)

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 Militar.²¹

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 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 militar²². 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:

²¹ Na obra *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática* detalhamos as razões 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.

²² Explicamos acima que nem sempre a justiça comum pode processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

1. Deve prevalecer, obviamente, o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e
2. O princípio processual do deve ser mitigado de forma a que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado não possam prevalecer (vejam, por exemplo, que o artigo 90-A 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).²³

No tal longo artigo²⁴ e em nossa obra *Direito Penal Militar - Teoria Crítica & Prática*²⁵ aprofundamos essa questão e a ela remetemos, mas faremos breve citação que ilustra, por meio da prática, a questão:

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. 9.º, I, do CPM deixa isso claro,

²³ 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.

²⁴ Artigo citado

²⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file.

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, § 4.º, 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 STJ13 (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), no processo 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.

2.4.1 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 comentamos²⁶ 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:

²⁶ 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.

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.

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

Em nosso livro²⁷, 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

²⁷ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file

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. E por quê? Em nosso livro²⁸ 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 culposo) 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**

²⁸ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file

administração militar”. Vejamos os tipos penais: ²⁹
(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, (...) ³⁰

²⁹ ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar - Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 05/2015. VitalBook file.

³⁰ Guilherme comenta “que pode haver situações exóticas, para dizer o mínimo (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.

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, 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:

2.4.2 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 militar³¹. 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 e
2. 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 90-A 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 Explicamos acima que nem sempre: a justiça comum pode processar e julgar crimes militares em certas hipóteses.

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 90-A 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.

2.5 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.

3. Conclusão

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

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 Carroll³², 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 quanto 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.

³² Lewis Carroll, o grande, alucinante e alucinado autor de *Alice no País das Maravilhas*.

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)