

INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA RIBEIRO DE ALMEIDA

**A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DO
CÓDIGO PENAL EM SUBSTITUIÇÃO AO MESMO CRIME NO
CÓDIGO PENAL MILITAR**

VITÓRIA
2017

INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA RIBEIRO DE ALMEIDA

**A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DO
CÓDIGO PENAL EM SUBSTITUIÇÃO AO MESMO CRIME NO
CÓDIGO PENAL MILITAR**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal Militar

Orientador: Prof. Ms. Elvis Silves Pereira

VITÓRIA

2017

A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DO CÓDIGO PENAL EM SUBSTITUIÇÃO AO MESMO CRIME NO CÓDIGO PENAL MILITAR

Maria Eduarda Ribeiro de Almeida¹

Prof. Orientador de Conteúdo: Elvis Silves Pereira²

Prof^a. Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins³

RESUMO

O artigo jurídico em questão tem o objetivo de responder ao seguinte questionamento: há legitimidade para aplicação do crime de estupro do Código Penal em detrimento do crime de estupro do Código Penal Militar? O trabalho faz uma comparação entre os Códigos Penal e Penal Militar e mostra como o crime de estupro é tratado em ambas as legislações. Para tratar da legitimidade, a pesquisadora faz uma pesquisa de campo em que colhe a opinião vários militares estaduais que respondem a um questionário sobre o assunto. Após fazer pesquisas bibliográficas e analisar as respostas dos entrevistados, foi possível concluir que não há legitimidade na substituição do julgamento pela Justiça Especial, tendo em vista que esta existe justamente em razão da peculiaridade da profissão militar. Além disso, observa-se que a melhor solução para diminuir a diferença de responsabilização entre os códigos é submeter o CPM a uma atualização legislativa.

Palavras-chave: estupro; código penal; código penal militar; justiça especial; atualização legislativa.

ABSTRACT

The present paper aims to answer the following question: is there legitimacy for the implementation of the crime of rape in Penal Code to the detriment of the same crime in Military Penal Code? The article makes a comparison between the codes and shows how the crime of rape is treated as in both legislations. In order to discuss the legitimacy, the researcher made a field research asking the opinion of many state military police offices opinion who replied to a questionnaire about the subject. After conduct bibliographical researches and an analysis of the interviewee responses, it can be concluded that there is no legitimacy in the substitution of the judgement for the "Special Justice", since it exists only because of the military profession. In addition, one notices that the best way to narrow the gap between the codes is to submit MPC to a legislation update.

¹ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: mariiaeduarda.ribeiro@hotmail.com

² Professor Universitário, Militar Estadual, Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha-ES (UVV). E-mail: elvis.silves@hotmai.com

³ Professora Universitária, Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: mriosmartins@terra.com.br

Keywords: Rape; Penal Code; Military Penal Code; Special Justice; Legislation update.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como finalidade analisar se o crime de estupro pode ser julgado pela Justiça Comum, mesmo se tratando do crime do Código Penal Militar (CPM). Trata-se de um estudo comparativo entre os códigos, analisando quais são as principais diferenças entre eles e qual a opinião dos militares sobre o assunto.

Desde a sua criação, em 1969, o Código Penal Militar sempre se diferenciou da norma penal comum – em razão de sua própria natureza castrense –, criando crimes próprios de militares que são aplicados somente a estes e crime impróprios, isto é, aqueles que também existem na norma comum. O crime de estupro, portanto, está no rol desses crimes impróprios.

Ocorre, porém, que com a vigência da lei 12.015, de 07 de agosto 2009, a diferença aumentou, o que chamou a atenção da pesquisadora, que também é Policial Militar no Estado do Espírito Santo. Sendo assim, surge o questionamento: há legitimidade para aplicação do crime de estupro do Código Penal em detrimento do crime de estupro do Código Penal Militar?

O breve questionamento tem grande relevância social, sobretudo na vida dos policiais militares (público-alvo da pesquisa). Saber a diferença de tratamento de um crime na Justiça Especial e na Justiça Comum é importante para analisar se o tratamento dispensado no CPM tem sido coerente e atendido aos anseios sociais.

A pena manifesta três funções precípuas que devem ser atingidas. São elas: a função de punição do criminoso por ter cometido o delito; a função de desestimular a prática daquele crime na sociedade; e, por fim, a função de corrigir o condenado para que ele não volte a praticar o crime. Diante do modo como o crime é tratado no CPM, questiona-se se essas funções têm sido alcançadas.

Para concluir o presente artigo científico, a pesquisadora utilizou-se de pesquisa teórico-dogmática, com citações de renomados doutrinadores e articulistas que estudam o assunto. Além disso, foi feita uma pesquisa de campo com 100 (cem)

militares. Nela, são propostas 6 (seis) perguntas, respondidas com base no posicionamentos dos oficiais a respeito do tema.

O artigo é dividido em 03 (três) capítulos. O primeiro deles, intitulado “Do crime de estupro”, analisa como o crime é tratado em ambos os códigos e as suas diferenças. O segundo capítulo analisa como é o funcionamento da Justiça Especial e a necessidade de sua existência para julgar os militares conforme as suas peculiaridades. O terceiro capítulo considera como a legitimidade é tratada no ordenamento jurídico e qual a influência da pesquisa de campo para descobrir se há legitimidade na aplicação do crime de estupro do CP em detrimento do crime de estupro do CPM.

1 DO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro em nosso ordenamento jurídico pode ser analisado tanto no Código Penal comum quanto no Código Penal Militar. Trata-se do mesmo delito, porém o que os diferencia são os sujeitos ativos e passivos do crime, além do ambiente em que ele é praticado.

O estupro do Código Penal recebeu a alteração legislativa da Lei 12.015/2009, que unificou o crime de estupro ao delito de atentado violento ao pudor. Além disso, a presente legislação trouxe várias outras alterações ao CP, no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual da pessoa. Conforme será tratado neste capítulo, embora seja o mesmo crime, os dois são apresentados de forma distinta nos códigos. Essas diferenças serão analisadas ponto a ponto, de modo que será feita uma comparação entre os dois dispositivos.

1.1 DO CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL

A criação da lei 12.015/2009 trouxe ao ordenamento jurídico uma continuidade normativa típica - que é quando há uma readequação do conteúdo material da norma para outro artigo de mesmo contexto temporal – de modo que, atualmente, o

sujeito que pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal responde com a mesma pena do crime de estupro.

Essa atualização penal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro mais equidade e proporcionalidade à responsabilização do crime cometido, tendo em vista que antigamente o indivíduo podia praticar vários atos contra a vítima, desde que não houvesse a conjunção carnal. Poderia haver, inclusive, o sexo oral e o anal, além de outras práticas que são tão ofensivas quanto a cópula vaginal propriamente dita.

O delito ora estudado está previsto no artigo 213 do CP, existindo, ainda, no artigo 217-A do CP a hipótese de estupro de vulnerável.

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art. 214 - (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009).

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940)

Trata-se de crimes contra a dignidade sexual da pessoa. O crime de estupro é classificado por Rogério Grecco (2014, p. 698) como crime doloso; comissivo (podendo, eventualmente, ser praticado mediante omissão imprópria, caso o agente seja garantidor da vítima); material (tendo em vista ser necessário a ocorrência de

um resultado naturalístico); de dano; monossujeito (pode ser praticado por apenas um sujeito); e plurissubsistente (pois engloba vários atos).

Leonardo de Castro (2013) também classifica o delito de estupro como sendo um crime bicomum, uma vez que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa; doloso (não admitindo a sua modalidade culposa); de forma livre (com exceção da necessária prática da conjunção carnal no caso do estupro); delito instantâneo (uma vez que sua consumação não se prolonga no tempo).

O mesmo autor também classifica o crime de estupro como sendo pluriofensivo, uma vez que ofende não só a liberdade sexual da pessoa como sua integridade física. Trata-se de um crime que admite tentativa, de modo que sua consumação se dá com a cópula carnal ou com a prática do ato libidinoso.

O crime de estupro faz parte do rol de Crimes Hediondos, previstos na Lei 8.072/90, em seu artigo primeiro:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...] *omissis*;

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

[...] *omissis*

(BRASIL, 1990)

Esta previsão implica em uma dificuldade maior ao réu em progredir de regime, uma vez que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser, independentemente da pena imposta, o regime fechado. Além disso, para progredir para o semiaberto o apenado terá de cumprir 2/5 (dois quintos) da pena se for réu primário, e, sendo reincidente, o mesmo cumprirá 3/5 (três quintos) da sua pena. As porcentagens se diferem bastante dos demais crimes (não considerados hediondos), cuja progressão de regime se dá após o cumprimento no regime anterior pelo tempo mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Como dito anteriormente, o crime de estupro admite tentativa, de modo que sua consumação se dá com penetração do pênis na vagina da mulher, seja total ou

parcialmente. Grecco salienta que não há, inclusive, a necessidade de ejaculação. Com relação ao ato libidinoso, o autor é objetivo:

Quanto à segunda parte do art. 213 do estatuto repressivo, consuma-se o estupro no momento em que o agente, depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier a atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas (seios, nádegas, pernas, vaginas [desde que não haja penetração, que se configuraria na primeira parte do tipo penal], pênis etc). (GRECCO, 2014, p. 698).

São causas de aumento de pena o cometimento do crime em concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, bem como se o sujeito ativo for “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima”. Essas são as previsões do artigo 226 do CP. Há também o artigo 234-A do CP, que diz que a pena será aumentada se do estupro resultar gravidez ou se a vítima contrair doença sexualmente transmissível (sabendo, ou devendo saber, o agente que é portador da DST). Vejamos:

Art. 226. A pena é aumentada:

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (VETADO);

II – (VETADO);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.” (BRASIL, 1940)

A ação penal no crime de estupro é pública, diferenciando-se apenas quanto à incondicionalidade ou condicionalidade de representação da vítima. O artigo 225 do Código Penal também foi modificado com o advento da Lei nº 12.015/09, tratando de definir que o crime de estupro será processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Seu parágrafo único, porém, dispõe que

caso a vítima seja menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa considerada vulnerável, a ação será pública incondicionada.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (BRASIL, 1940).

Tratando sobre este mesmo assunto, a Súmula nº 608 do STF diz que, havendo violência real, a ação penal será pública incondicionada. Alguns autores divergem a respeito da atual aplicação desta súmula, tendo em vista que a Lei 12.015/09 é mais recente que o entendimento da Corte Maior. Rogério Grecco (2014, p. 696) é claro ao dizer que a súmula ainda é aplicável, bastando que haja violência real para que a ação seja pública incondicionada.

Súmula nº 608 STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.” (BRASIL, 1984)

Por fim, o artigo 234-B do Código Penal diz que os crimes contra a dignidade sexual da pessoa correrão em segredo de justiça, uma vez que se busca preservar ao máximo a intimidade da vítima.

1.2 DO CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL MILITAR

O Código Penal Militar como um todo possui dispositivos com redação antiga, comparada aos demais códigos. O crime de estupro no CPM já apresentava grande divergência do crime de estupro no CP, entretanto, com o advento da Lei 12.015/09 essas diferenças se tornaram mais evidentes.

A recente Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, ampliou a extensão da Justiça Militar. Antigamente, somente os crimes previstos no CPM eram considerados crimes militares. Hoje, após a criação da referida Lei, qualquer crime previsto no ordenamento jurídico quando preencher alguma hipótese do artigo 9º, inciso II, do CPM será considerado crime militar.

A redação antiga do inciso II era: “os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados”. Esse dispositivo dizia que somente seriam considerados crimes militares aqueles dispostos no CPM, porém a legislação modificou esse entendimento:

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;

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;

f) revogada.

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. (BRASIL, 1969)

O articulista Rodrigo Foureaux (2017) ressalta que, embora a alteração tenha ocorrido em uma legislação material, o assunto tratado (competência) é essencialmente processual, o que configura uma norma heterotópica. Desta forma, os processos pendentes de julgamento que tratam qualquer crime cometido conforme o artigo 9º, inciso II, do CPM devem ser encaminhados para o julgamento na Justiça Militar, conforme dispõe o artigo 43 do Código de Processo Civil c/c art. 3º do CPM.

Assim sendo, observa-se que várias são as hipóteses de caracterização do crime militar. Faz-se, portanto, a análise de cada uma delas conforme o inciso em que estão dispostas. Inicialmente, o inciso I traz a hipótese de cometimento de crime militar por qualquer pessoa (ainda que se trate de civil), desde que o crime previsto esteja tipificado no Código Penal Militar e não seja previsto de modo diverso no Código Penal comum ou em dispositivo especial.

O inciso II trata dos crimes militares em que o sujeito ativo é o militar propriamente dito, da ativa: este pratica crime militar quando o faz contra outro militar em mesma situação; quando pratica o crime dentro de lugar sujeito à administração militar, podendo o sujeito passivo ser civil, militar da reserva, reformado ou assemelhado; ou, ainda, quando estiver de serviço ou atuando na função, em comissão de natureza militar ou em formatura (ainda que esta seja fora de ambiente de administração militar).

Também pratica crime militar quando o faz durante o período de manobra ou exercício; e, por fim, quando pratica o crime contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

O inciso III, por sua vez, trata do cometimento de crimes militares em que o sujeito ativo é não só o militar da ativa mas também o militar da reserva, o reformado ou o civil, de modo que estes ajam contra o patrimônio sob a administração militar ou a ordem administrativa militar; ou em lugar sujeito à administração militar contra o militar que esteja em atividade ou assemelhado, ou ainda contra funcionário do Ministério Militar ou da Justiça Militar, desde que estes estejam exercendo atividades inerentes aos cargos que ocupam.

Continuando, o artigo também fala do cometimento de crime militar quando este for direcionado ao militar em formatura, ou em vigilância, prontidão, acampamento etc; ou ainda em lugar fora da administração militar, porém contra militar em função de natureza militar ou que esteja desempenhando o serviço de vigilância, ou de garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, desde que ele seja requisitado para aquele fim ou esteja cumprindo determinação de superior hierárquico.

Nesse sentido, observamos que qualquer pessoa poderá cometer crime de natureza militar, inclusive o civil. Desta forma, embora não seja comum a sua ocorrência, isso não justifica a sua desatualização.

O crime de estupro, embora não haja muita jurisprudência e até mesmo discussão sobre o assunto, é um crime que ofende da mesma forma, ou pior (quando o sujeito ativo é um militar), a dignidade sexual da pessoa, assim como o previsto no Código Penal comum. Falemos em pior uma vez que pressupõe que o militar deve dar exemplo para a sociedade, em razão da ocupação de uma função pública que carece de atividade proba e caráter ilibado por parte do profissional.

Assim, o crime de estupro do Código Penal Militar não só deve compreender os mesmos agravantes em que apresenta o Código Penal comum atual como também deve conter o simples agravante de se caracterizar como crime militar. Passa-se a análise dos crimes contra a dignidade sexual do CPM:

Estupro

Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

Atentado violento ao pudor

Art. 233. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência. (BRASIL, 1969)

Analisando as diferenças entre os códigos, o crime de estupro no CPM não é caracterizado como crime hediondo, o que por si só já beneficia o acusado em uma série de quesitos. A não caracterização do crime como hediondo implica uma facilidade maior de o acusado progredir de regime, tendo em vista que só precisará cumprir 1/6 (um sexto) da pena para que tenha direito à progressão para o regime mais benéfico (independentemente de ser ou não réu primário).

Além disso, a pena máxima do crime de estupro no Código Penal Militar é de 8 (oito) anos. No Brasil, para que o réu inicie o seu cumprimento de pena em regime fechado ele deve ser condenado a uma pena superior a 8 (oito) anos, logo,

difícilmente um agente que comete o crime de estupro no Código Penal militar irá responder pelo crime com regime inicial de pena fechado, tendo em vista que raras são as vezes em que um magistrado condena um réu à pena máxima de um crime (em razão das circunstâncias atenuantes que podem ser alegadas).

Desta forma, o agente irá cometer um crime considerado hediondo pelo CP e, provavelmente, responderá pelo crime em regime semiaberto, com a rápida progressão para o regime aberto, se condenado pelo CPM.

Outra diferença se faz no sentido de que a Lei nº 12.015/09 unificou o crime de estupro ao crime de atentado violento ao pudor (que antes era previsto no artigo 214 do CP). No CPM, porém, o crime de estupro (art. 232 CPM) não foi unificado ao crime de atentado violento ao pudor (previsto no art. 233 CPM), sendo que somente será considerado estupro quando houver a conjunção carnal propriamente dita.

Logo, o atentado violento ao pudor é todo o resto, de maneira que o agente pode praticar atos tão agressivos quanto o estupro (como a prática do sexo anal e oral) e responderá com uma pena ínfima.

Em relação às penas, o estupro no CP declara pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (anos), enquanto no CPM o mesmo crime possui a pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos. Além disso, no crime de atentado violento ao pudor no CPM a pena prevista é de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Assim, supondo que um agente cometa o crime de atentado violento ao pudor disposto no CPM (que atualmente no CP é considerado estupro), o mesmo sequer responderá pelo crime em regime semiaberto, já que para que o regime inicial de cumprimento de pena seja o semiaberto a pena aplicada deve ser inferior a 8 (oito) e não superior a 4 (quarto) anos. Do mesmo modo, é possível que o agente cometa este delito que ofende tanto a dignidade sexual da pessoa como no crime de estupro e responda em regime inicial aberto, o que não é proporcional e razoável ao crime cometido.

Continuando, o CP não estipula quem pode ou não cometer o crime de estupro, uma vez que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher. Rogério Grecco é claro ao dizer:

A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa. Assim, sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for a conjunção carnal, poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual. [...] (GRECO, 2014, p. 698)

O CPM, por sua vez, diz que somente a mulher poderá ser a vítima do crime de estupro, e, conseqüentemente, somente o homem pode praticar o crime (tendo em vista a necessidade da conjunção carnal). No atentado violento ao pudor, tanto a mulher quanto o homem poderão figurar no polo passivo e no polo ativo do delito.

Outra característica que merece atenção é que a Lei 12.015/09 criou o crime de “estupro de vulnerável”, atualmente previsto no artigo 217-A do CP. Esse delito trata do crime de estupro praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, contra pessoa que possua enfermidade ou doença mental, ou que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou não possa, por algum motivo, oferecer resistência. A pena para este delito é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, de modo que o ordenamento jurídico confere a este crime um rigor maior:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
 § 2º (VETADO)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
 § 4º Se da conduta resulta morte:
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940)

No CPM, não há qualquer diferenciação em relação às características da vítima, pouco importando sua idade, sua capacidade mental ou se ela possui condições de oferecer resistência. A vulnerabilidade do sujeito passivo em nada mudaria a vida do condenado, que responderia de forma normal às penas impostas ao crime de estupro ou de atentado violento ao pudor.

Por fim, faz-se necessário observar que no CPM não há previsão de ação penal condicionada à representação do ofendido (como é a regra no CP, no caso do crime de estupro), de sorte que todos os crimes previstos no Código Penal Militar se dão por meio de ação penal pública incondicionada.

Os autores Neves e Streifinger (2015, p. 608) fazem uma ressalva admitindo haver crime de ação penal pública condicionada “[...] mas apenas à requisição do Ministro da Justiça ou Ministro da Defesa – que também não vinculam o Ministério Público –, não se encontrando no Direito Penal Militar crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. [...]”. Desta forma, caso ocorra um crime dessa natureza, a vítima não poderá opinar se deseja ou não se submeter a um processo (e a todos os seus desdobramentos, como por exemplo o exame de corpo e delito).

Nesse ponto, há o aspecto positivo, tendo em vista que a impossibilidade da vítima recusar que o processo seja aberto é uma forma de garantir que o agressor não fique impune, nem que a vítima se sinta coagida a não representar, o que acontece em alguns casos, sobretudo em ambiente militar onde existe a hierarquia.

2 DA NECESSIDADE DO POLICIAL MILITAR SER JULGADO PELA JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar no Brasil teve início em 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, onde foi criado o Supremo Conselho Militar e de Justiça. Mais tarde, em 1946, a Justiça Militar da União foi inserida pela primeira vez na Constituição Federal. A Constituição de 1988 manteve a Justiça Militar em seu bojo, aumentando a sua visibilidade no meio jurídico brasileiro. Após a criação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 125 da CF/88 foi modificado, de forma que a competência da Justiça Militar Estadual foi ampliada, passando a ter jurisdição também sobre atos administrativos disciplinares.

No Brasil, a Justiça Militar é composta pelo Superior Tribunal Militar (STM), pelos Tribunais, Juízes Militares e Conselhos de Justiça. O STM é o órgão responsável pelo julgamento em última instância dos militares das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica. Importante ressaltar que esse órgão julga somente crimes previstos no Código Penal Militar, Código Processual Penal Militar e Legislações Especiais Militares, sendo assim, pode julgar civis caso cometam crime previsto em algum desses institutos (o que não ocorre na Justiça Militar Estadual, que julga apenas os militares).

Na Justiça Militar Federal, a competência é definida tão somente em razão da matéria, já que ela julga tanto os militares quanto os civis. Os acusados são julgados em primeiro grau pelos juízes militares (nas varas militares), juntamente com os Conselhos de Justiça (quatro oficiais das Forças Armadas). Em segunda instância, o militar será julgado pelo Tribunal de Justiça Militar e, em última instância, pelo Superior Tribunal Militar.

A Justiça Militar Estadual se difere da Federal em diversos aspectos. Esta não faz o julgamento de civis, isto é, sua competência é definida em razão da matéria e em razão da pessoa. Nos Estados que dispõem de efetivo policial militar acima de 20 (vinte) mil integrantes, é obrigatório que exista a estrutura da Justiça Militar. É, porém, facultativo para os Estados com efetivo inferior a esse número. O Espírito Santo não possui Justiça Militar, sendo assim, o julgamento dos militares da PMES ocorre através de um convênio entre a Justiça Comum e a Justiça Militar.

O policial militar do Estado do Espírito Santo será, portanto, processado em primeira instância pela Auditoria Militar, ou seja, pelo juiz-auditor (juiz de direito) juntamente com os Conselhos de Justiça (quatro oficiais da polícia militar). A segunda instância caberá ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo e a última instância ao Superior Tribunal de Justiça.

Em ambas as Justiças Militares há os Conselhos de Justiça. Esse Conselho de Justiça é um órgão colegiado composto por quatro oficiais (chamados de juízes militares) e um juiz de direito (o juiz-auditor). Tais Conselhos são subdivididos em dois tipos: Conselho de Justiça Permanente e Conselho de Justiça Especial.

O Conselho de Justiça Permanente tem a função de julgar os praças (de soldados a aspirantes a oficiais). Os juízes militares são sorteados para compor o Conselho pelo prazo de três meses.

Já o Conselho de Justiça Especial tem a função de julgar os oficiais (de tenentes a coronéis). Em cada processo serão sorteados os juízes militares, que os acompanharão até o seu julgamento. Há a hipótese de julgamento dos praças quando a ação penal envolver oficiais e praças no mesmo processo, de modo que ambos serão julgados por esse Conselho.

2.1 DAS FUNÇÕES DA POLÍCIA MILITAR

As polícias militares do Brasil têm suas funções cravadas na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 144, § 5º, que as define com o objetivo de ser ostensiva e preservar a ordem pública. Além disso, o parágrafo posterior dispõe ser a polícia militar força auxiliar e reserva do Exército:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

(BRASIL, 1988)

Como visto, a CF/88 conferiu duplo encargo à Polícia Militar (preservação da ordem pública e policiamento ostensivo), contudo vários autores entendem que a abrangência dessa competência é mais ampla que a disposta neste artigo. Para Moreira Neto (1988, p. 145), a PM poderá atuar toda vez que não for caso específico de atuação atribuída a outro órgão:

[...] se define por remanência: caberá sempre que não for o caso da preservação e restabelecimento policial da ordem pública de competência específica e expressa dos demais órgãos policiais do Estado. Em outros termos, sempre que se tratar de atuação policial de preservação e restabelecimento da ordem pública e não for o caso previsto na competência Constitucional da Polícia Federal (art. 144, I), da Polícia Rodoviária Federal (art. 144, II), da Polícia Ferroviária Federal (art. 144, III), nem, ainda, o caso em que a lei específica venha a definir uma atuação conexa à defesa civil para o Corpo de Bombeiros Militar (art. 144, § 5º) a competência é policial militar.

Sendo assim, a Polícia Militar deve estar preparada para lidar com todos os tipos de situações possíveis, desde a prisão de um indivíduo, até socorrer uma pessoa ferida. Trata-se, portanto, de uma profissão com um grau de responsabilidade imenso na vida de toda a sociedade.

Lazzarini (1989, p. 235-36) discorre ainda mais além, atribuindo à PM, inclusive, a incumbência de avocar as atribuições dos demais órgãos, caso falhem ou não atendam às demandas que lhe são cabidas por quaisquer motivos, como bem retrata:

Polícias Militares, instituídas para o exercício da polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, § 5º), compete todo o universo

policial, que não seja atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no art. 144 da Constituição da República de 1988. Em outras palavras, no tocante à preservação da ordem pública, às Polícias Militares não só cabe o exercício da polícia ostensiva, na forma retro examinada, como também a competência residual de exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos. A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, funcionando, então, a Polícia Militar como um verdadeiro exército da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. [...] A proteção às pessoas físicas, ao povo, seus bens e atividades, há de ser exercida pela Polícia Militar, como polícia ostensiva, na preservação da ordem pública [...] (LAZZARINI, 1989, p. 235-36)

Sendo assim, além de suas atribuições constitucionais, o policial militar passou a exercer funções que extrapolam sua singular condição de guardião da sociedade. Da mesma forma, entende Silva:

A Polícia é o ramo da administração pública que lida mais diretamente e mais constantemente com o povo. Além de suas atribuições constitucionais, desempenha várias outras atribuições que, direta ou indiretamente influenciam no cotidiano das pessoas. O Policial Militar passou a exercer funções que extrapolam sua singular condição de guardião da sociedade. Hoje ele aconselha, orienta, assiste, socorre e, principalmente se insere em todas as camadas de nossa sociedade, constituindo-se num elo entre o povo e o Governo, exercendo sem sombra de dúvida o papel de agente social do Estado, se constituindo num grande anteparo do Estado para conter as condutas perniciosas, fazer cumprir a Lei e manter a Ordem Pública. (SILVA, 2015, p. 01).

Assim, não restam dúvidas no sentido de que a Polícia Militar faz muito além do disposto em nossa Carta Maior, e que este serviço deve ser julgado por uma Justiça Especial.

2.2 DO POLICIAL MILITAR COMO SER *SUI GENERIS*

Como já visto, o policial militar deve ter uma conduta ilibada, pautada pelo cumprimento rígido das normas, consubstanciados pelos pilares da hierarquia e disciplina. Sua existência não se confunde com a de um cidadão de uma organização civil.

O militar, além de responder por todas as leis que um civil responde, ainda se submete à aplicação das leis do Código Penal e Processual Militar, além das leis especiais existentes dentro e fora da corporação. Sendo assim, o serviço policial militar não se confunde com nenhuma outra profissão, como analisa Valla:

As Polícias Militares são, pois, Forças policiais. Forças disciplinadas, controladas, medidas e limitadas. São limitadas pelo traço definidor do caráter militar fundamentado na submissão a regulamentos rígidos (não arbitrários), à disciplina, à hierarquia, a uma escala de valores obrigatória, ao dever militar, formando uma filosofia peculiar de vida bastante diferenciada do *modus vivendi civil*. (VALLA, 2013, p. 04).

Destarte, percebe-se a categorização *sui generis* do militar, pois nenhum outro sujeito além do militar experimenta a carga atribuída a ele de igual modo. Ademais, o § 3º do artigo 14 da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) diz que para o policial militar “a disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida”. Assim, deve manter-se de maneira integral de acordo com os valores morais inerentes à vida castrense, ainda que fora da caserna. Nesse sentido, Silva (2015) explica:

Não há como ignorarmos estes valores que norteiam a vida militar e que pode ser considerados como uma virtude por tentar chegar a atos e condutas perfeccionistas, o que não se pode esperar, por exemplo, de uma instituição civil por conta das peculiaridades já mencionadas anteriormente. Assim, é justo proporcionar um tratamento diferenciado, suficientemente forte, independente, maduro e responsável, que direcione o estado-juiz a definir os reais instrumentos, e por intermédio de quem, opor-se-á aos ilícitos penais, praticados por essa classe diferenciada de cidadãos brasileiros.

Não há dúvidas de que o militar em sua essência são “funcionários públicos especiais”, pois possuem obrigações distintas e especiais do que qualquer outro funcionário civil. Todos os militares, independentemente de serem federais ou estaduais tem como juramento ao entrar na vida militar de defender sua missão com o sacrifício da própria vida, dever este que nenhum funcionário civil está comprometido. Provavelmente por conta desta peculiaridade, o legislador constituinte originário garantiu à estes serem processados e julgados numa justiça especializada, qual seja: a Justiça Militar. (SILVA, 2015)

Logo, com as várias atribuições que lhe conferem e com todas as suas peculiaridades baseadas na hierarquia e disciplina, o policial militar necessita de um julgamento que atenda às suas necessidades e que seja justo. Assim sendo, a Justiça Especial deve ter esse conhecimento específico ao julgar o militar.

3 DA LEGITIMIDADE DESSA APLICAÇÃO E A OPINIÃO DOS MILITARES DA POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO

O presente capítulo apresenta um estudo sobre o termo legitimidade no ordenamento jurídico, abordando o pensamento diferenciado de alguns autores sobre a mesma palavra e a sua utilização em várias áreas do Direito. Em seguida, mostra o resultado da pesquisa de campo feita entre os militares da Polícia Militar do Espírito Santo, e a visão de parte da tropa sobre o tema.

3.1 DA LEGITIMIDADE DO USO DA LEI COMUM EM DETRIMENTO DA LEI ESPECIAL

A palavra legitimidade exhibe um conceito amplo e polêmico no Direito, sobretudo nas áreas da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, da Filosofia Jurídica e da Ciência Política, ramos em que ela é estudada com mais afinco. Com isso, vários são os doutrinadores que discutem sobre o real significado de legitimidade.

A articulista Buzanello (2015) faz uma comparação sobre o que alguns filósofos pensam do tema. Entre eles está Hans Kelsen, que confunde a legalidade com a legitimidade quando diz que a norma será legítima e legal quando obedecer o procedimento ditado pelo ordenamento jurídico. Ou seja, basta que a norma atenda aos critérios procedimentais para que ela tenha legalidade e legitimidade.

Buzanello diz que já o filósofo Jürgen Habermas, por sua vez, julga o termo em uma visão mais ampla pois entende que a legitimidade possui ligação com a política, o direito e a moral. Sendo assim, o seu entendimento por legitimidade é que uma norma legítima é aquela que atende tanto aos governantes quanto os governados, de modo que a democracia seria critério importante a ser observado.

A palavra indica um conceito amplo e, segundo Schröder, o termo tem influência direta nas ações das Polícias Militares brasileiras, que necessitam de legitimidade em suas atuações.

A legitimidade exterioriza-se pela vontade do povo, ou o que a sociedade espera do detentor do poder. Portanto, toda e qualquer ação legítima será a resultante consensual do interesse coletivo. Para que o Estado use a força e tenha sua ação legitimada pelo povo, este deve aprovar sua utilização (SCHRÖDER, 2001, p. 55).

Como se vê, o conceito de legitimidade pode ser aplicado em diversas áreas do nosso cotidiano. O ordenamento jurídico brasileiro adota a legitimidade como um conceito mais habermaziano, é o que entende a articulista Buzanello.

Como se expôs, em consonância com a teoria habermasiana, para um governo manter sua legitimidade é demasiadamente importante que valorize o cumprimento das normas, o diálogo, a participação das massas, minoriais e majorias, e, claro, que não se esqueça do discurso como um forte elemento para assegurar a participação de todos no processo democrático e garantir legitimidade ao governante e estabilidade social, política e econômica ao nosso País. (BUZZANELLO, 2015)

Sendo assim, o conceito de legitimidade como sendo a observância dos anseios sociais, e mais ainda da classe para qual a lei é direcionada (no caso em tela, à Polícia Militar), é possível saber se é legítimo aplicar o crime de estupro do CP em detrimento do crime de estupro do CPM.

Pedra (2014) diz perfeitamente a peculiaridade e a necessidade de existência da Justiça Militar no ordenamento jurídico.

[...] a Justiça Militar é o instrumento do Estado para aplicação do Direito Penal Militar, que, por sua vez, além de ser regido por todos os princípios e garantias fundamentais que regem o Direito Penal comum, também é pautado pela preservação dos dois princípios basilares das instituições militares, que são a hierarquia e a disciplina. [...], o Direito Penal Militar visa à defesa da hierarquia e da disciplina militar, princípios estes que garantem não só o equilíbrio no cotidiano da caserna, como também são mantenedores da ordem das instituições militares.

Nesse aspecto, é importante que se diga que a Justiça Militar não é uma “justiça dos militares”, uma vez que não se trata de um ramo do Poder Judiciário criado para favorecer um determinado segmento profissional. Prova disso é que o Direito Penal Militar, em muitos de seus institutos, é extremamente mais gravoso do que o Direito Penal Comum. A Justiça Castrense é, na verdade, um órgão jurisdicional que possui não só a competência, mas também o conhecimento técnico específico para aplicar o Direito Penal Militar aos casos concretos, levando em consideração o contexto da vida na caserna e a importância dos bens jurídicos tutelados, em especial a defesa da integridade das instituições militares, cuja importância para a manutenção da soberania nacional e defesa dos poderes constitucionalmente constituídos é indiscutível. (PEDRA, 2014)

Portanto, como bem analisa o autor, a Justiça Militar possui julgamento diferenciado da Justiça Comum, de modo que além de observar os princípios inerentes ao Direito Penal, também observa a vida na caserna propriamente dita. Isso é importante pois o serviço de polícia em nada se assemelha com um trabalho qualquer; logo, não pode ter o mesmo julgamento que os demais.

3.2 DO RESULTADO DA PESQUISA DE CAMPO APLICADA NA TROPA

Para analisar a opinião dos militares sobre o tema, e concluir sobre a legitimidade desta aplicação, foi realizada uma pesquisa de campo com 100 militares da Polícia Militar do Espírito Santo, dividida em 06 (seis) perguntas objetivas sobre o tema do estudo, para se provar quais são os juízos e aspirações dos agentes influenciados pelo assunto.

O questionário foi aplicado indiscriminadamente, não sendo feita qualquer diferenciação de posição hierárquica, idade ou outras características. Além disso, foi aplicado para militares de diversos municípios do Espírito Santo. O questionário apresentava um quadro sinótico sobre as diferenças do crime de estupro no Código Penal e no Código Penal Militar, a fim de situar o militar sobre o assunto, e logo em seguida serem feitos os questionamentos.

A primeira pergunta foi realizada para se ter ciência do julgamento dos militares sobre a questão do abrandamento da pena em caso do cometimento de crime de estupro no CPM e no CP. Observa-se, analisando o gráfico abaixo, que 85% concordaram que o crime de estupro no CPM é mais brando, quando comparado ao mesmo crime no CP.

Alguns militares, mesmo observando as penas impostas, relataram achar o CPM mais grave que o CP, em razão das facilidades em que o militar tem em ser punido administrativamente, ou até mesmo em ser preso.

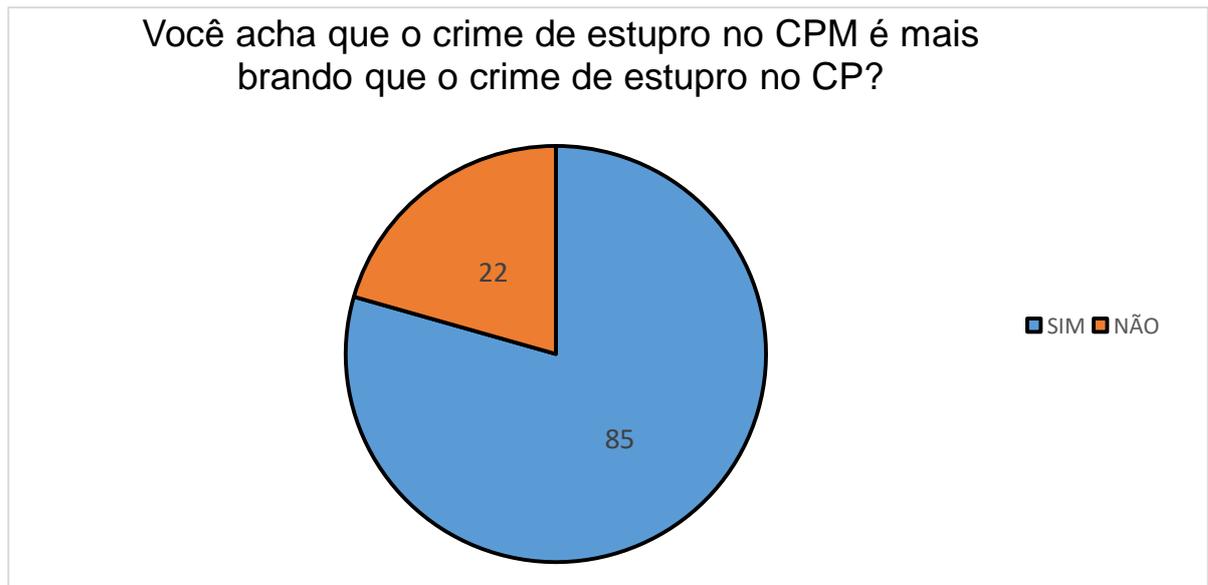


Figura 1 - Primeira questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

Na sequência, a pesquisa direcionou-se à seguinte indagação: “Você acha que o militar deveria ser apenado com mais rigor?”. Embora os resultados tenham ficado apertados, 53% dos entrevistados dizem que o militar não deve ser apenado com mais rigor. Em conversa com os militares, muitos disseram que a simples equiparação dos códigos resolveria o problema.



Figura 2 - Segunda questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

A terceira pergunta foi realizada com o fito de saber a opinião dos militares acerca da necessidade de uma eventual reforma do CPM. Em decorrência disso, foi revelado que, na opinião dos militares, o CPM deveria sofrer uma reparação. Uma

grande maioria, com 87%, respondeu à pergunta de forma positiva, como demonstrado no gráfico:



Figura 3 - Terceira questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

A quarta pergunta foi feita para saber a opinião dos militares a respeito das penas para o crime de estupro no CPM, se é justo ou não o militar responder pelas penas previstas no CPM, tendo em vista as diferenças para o CP. O resultado mostra que 59% dos militares não concordam com as penas impostas pelo CPM para o crime de estupro.

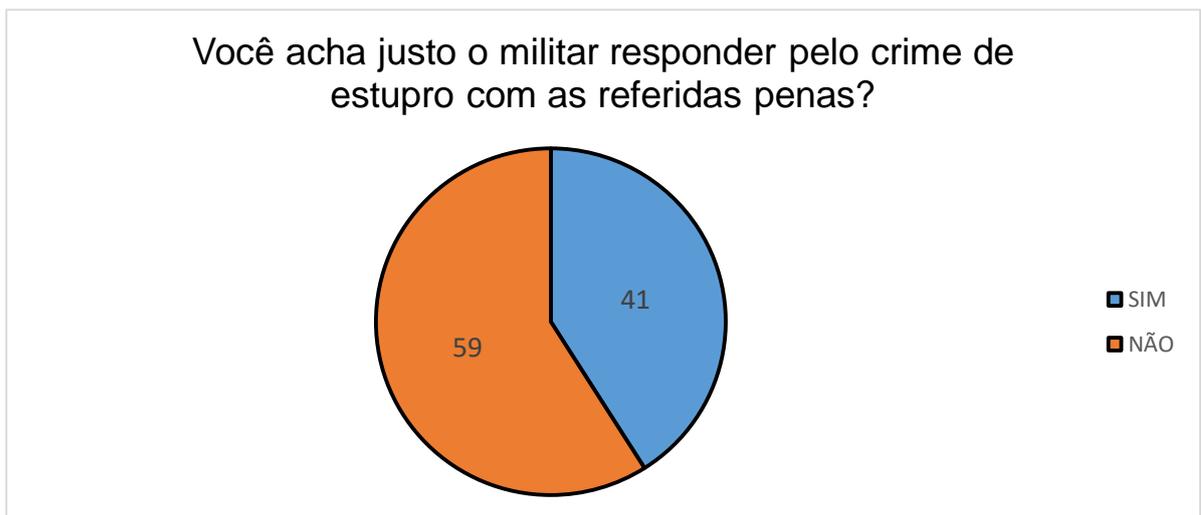


Figura 4 - Quarta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

A penúltima pergunta trata sobre a necessidade de existência de dois códigos penais (um militar e outro civil). A maioria dos militares (59%) diz que deve sim

existir dois códigos. Quando em conversa com os militares, alguns responderam que enquanto houver hierarquia e disciplina deverão haver dois códigos penais.

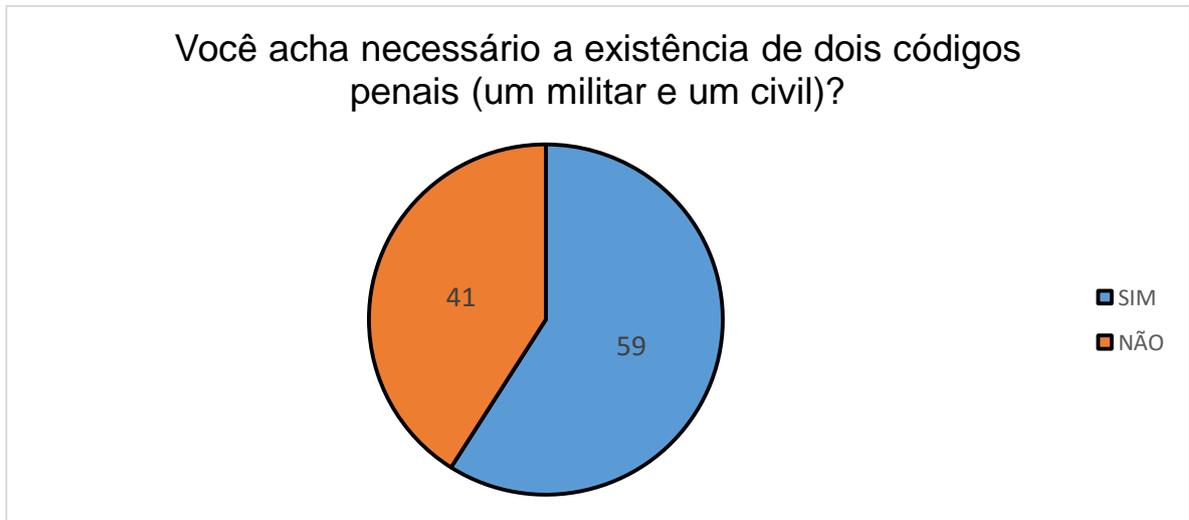


Figura 5 - Quinta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

A última pergunta versa sobre uma possível escolha em que o militar teria de ser julgado pela Justiça Militar ou pela Justiça Comum. O resultado, também apertado, foi de que 53% dos entrevistados optam pela Justiça Comum.

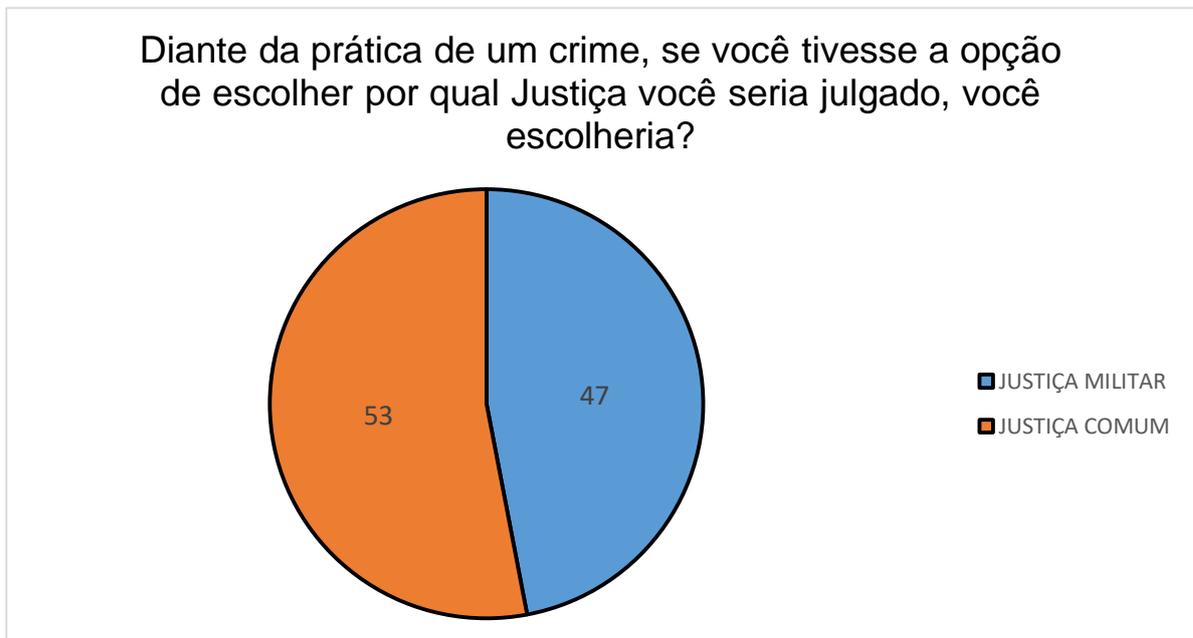


Figura 6 - Sexta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

Em conversa com os entrevistados, inúmeras respostas foram justificadas. Muitos informaram que os Conselhos de Justiça não possuem a imparcialidade necessária para um julgamento adequado, e que isto pode ser bom ou ruim (a depender da sorte do militar) uma vez que ele pode vir a ser julgado por um oficial que o conhece ou não.

Ainda sobre a subjetividade dos Conselhos de Justiça, alguns acham que o julgamento dispensado aos praças e aos oficiais são diferenciados, afirmando que os oficiais podem se compadecer com mais facilidade à causa do outro – o que não correria no julgamento das praças.

Sobre a reforma no CPM, muitos militares questionaram alguns crimes próprios militares. Segundo alguns entrevistados, o militar possui muita facilidade em ser punido tendo em vista a quantidade de crimes a eles direcionados, o que facilita uma possível perseguição de um superior hierárquico.

Sendo assim, diante do resultado do questionário ora aplicado, percebe-se que não há legitimidade na aplicação de uma norma em substituição à outra. Isso ocorre pois a grande maioria dos militares concluiu que o código precisa de uma reforma, porém que ele é necessário para o ambiente castrense em que vivem.

Quanto ao julgamento, a escolha de ser julgado pela Justiça Comum ganhou por apenas 03 (três) votos em relação à Justiça Militar, o que caracteriza que, ainda que a Justiça Comum tenha ganhado, muitos entendem pela necessidade de manutenção da Justiça Militar.

Outro fato que afasta esta possibilidade de aplicação da lei comum para este crime é que a maioria dos militares concordaram que o delito é tratado de forma mais branda no CPM, porém não acham que o militar deveria ser apenado com mais rigor que o civil, de forma que a simples equiparação das penas já seria suficiente. Sendo assim, alguns militares falaram que os crimes comuns poderiam ser tratados da mesma forma do CP.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico expôs como o crime de estupro é tratado no Código Penal e no Código Penal Militar, fazendo uma equiparação entre os códigos e analisando suas respectivas responsabilizações.

O capítulo 1 tratou do estupro do CP, como ele é classificado doutrinariamente, quais são suas atenuantes e também a existência do estupro de vulnerável. Em seguida, fala do mesmo crime no CPM, apontando as divergências existentes com relação à norma comum. O capítulo também fala da caracterização do crime militar e suas peculiaridades.

O capítulo 2, por sua vez, descreveu como funciona a Justiça Militar Federal e a Estadual, bem como o funcionamento dos Conselhos de Justiça ao julgar as praças e os oficiais. Também expôs um pouco da função policial militar e da sua necessidade de julgamento por um órgão que entenda minimamente a sua especialidade como profissão.

Por fim, o capítulo 3 fez uma apreciação de como o termo “legitimidade” é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, descreveu o resultado da pesquisa de campo feita entre os militares e a sua influência na análise dessa legitimidade de aplicação da norma do CP ao invés do CPM.

Observa-se que a diferença de tratamento entre as leis para o mesmo crime é grande, o que se justifica pela falta de atualização normativa do Código Penal Militar não só neste crime como em vários outros. O tema, então, propõe um estudo da possível aplicação da legislação comum no lugar da legislação especial para tal crime.

Como foi dito durante o trabalho no Capítulo 1, a função da pena não tem sido observada na responsabilização do indivíduo que comete o crime de estupro previsto no CPM. O crime de estupro é tratado pelo código comum como um dos crimes mais graves do ordenamento jurídico, o que não ocorre na legislação especial.

A solução, portanto, não é retirar a competência da Justiça Especial – ela existe porque é necessária para os militares, uma vez que detém o conhecimento do caráter *sui generis* da profissão. Logo, a competência do julgamento é inquestionável. Ocorre, porém, que não se pode passar por cima da lei, e se esta se encontra antiquada, o julgamento seguirá o mesmo caminho.

À Justiça Comum, portanto, compete o julgamento dos civis e isso não pode ser mudado, dado que suas funções em nada se comparam às que o militar exerce. Sendo assim, não há legitimidade no julgamento do crime de estupro previsto no CPM por essa Justiça, pois ela não atenderia corretamente aos anseios da classe na qual o código especial é aplicado.

A Justiça Especial, por sua vez, atende a essas pretensões porque lida diariamente com esse público castrense, o que permite um conhecimento maior acerca da vida militar. Essa noção é indispensável para que o julgamento seja proporcional e adequado ao crime cometido, de forma que não se deve avaliar somente a ação do delito, mas também os motivos que o levaram a praticar aquele crime.

Assim, diante de tudo que foi observado, da pesquisa de campo feita entre os militares e das conversas com os entrevistados sobre o tema, conclui-se que a melhor solução seria uma atualização do Código Penal Militar. O que não se trata de uma hipótese impossível nem difícil de ser feita, tendo em vista que o mesmo recebeu uma alteração normativa este ano. Basta que haja o interesse de alguns e que o tema seja discutido e cobrado das autoridades legislativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Código Penal Militar*. 13. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). *Emenda constitucional n.45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos de diversos artigos da Constituição Federal, e acrescenta os art. 103B, dentre outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Altera o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. *Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. *Súmula nº 608*. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Sessão Plenária de 17/10/1984. DJ de 29/10/1984, p. 18113; DJ de 30/10/1984, p. 18201; DJ de 31/10/1984, p. 18285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BUZANELLO, Grazielle Mariete. *Estudo da legitimidade segundo as teorias de Weber, Kelsen e Habermas e a contextualização no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35242/estudo-da-legitimidade-segundo-as-teorias-de-weber-kelsen-e-habermas-e-a-contextualizacao-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada – artigo 213 do CP – estupro*. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cp-estupro>>. Acesso em: 10 set. 2017.

FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar*. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2017/10/7029a770-ampliacao-de-competencia-da-justica-militar.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

GRECCO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LAZZARINI, Álvaro. *Da Segurança Pública na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, Brasília, ano 10, v. 26, n. 104, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revisão doutrinária dos conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública na Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, 1988.

NEVES, Cícero Robson Coimbra Neves; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDRA, Ricardo Moglia. *Justiça Militar da União em evolução: a mais tradicional Justiça brasileira e os desafios da atualidade*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4022, 6 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28627>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SCHRODER, André Luiz Gomes. *Princípios Delimitadores do Uso da Força para os Encarregados da Aplicação da Lei*. Revista Unidade. Porto Alegre, nº 46, 2001. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios_basicos_arma_fogo_funcionarios_1990.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SILVA, Alden José Lázaro da. *Serviço policial: As atribuições inerentes a função policial variam em função do sexo*, 2015. Disponível em: <http://abordagempolicial.com/colestrategia/atribuicao_policial_e_sexo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

SILVA, Paulo César Grillo da. *A atuação do advogado militar reformado ou da reserva nas instituições militares*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43481/a-atuacao-do-advogado-militar-reformado-ou-da-reserva-nas-instituicoes-militares>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

VALLA, Wilson Odirley. *O caráter militar das polícias militares*. Disponível em: <http://www.pmpr.pr.gov.br/arquivos/File/cultura/O_Carater_Militar_das_Policias_Militares.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

ANEXO I: QUESTIONÁRIO



FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
 Credenciada pela Portaria nº 85 de 12/02/1998, publicada em 16/02/1999
Curso de Bacharelado Direito
 Reconhecido pela Portaria nº 653, 07/05/2009 publicado em 08/05/2009.

PESQUISA ACADÊMICA DE CONCLUSÃO DE CURSO

TEMA: A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DO CÓDIGO PENAL EM SUBSTITUIÇÃO AO MESMO CRIME NO CÓDIGO PENAL MILITAR

QUESTIONÁRIO

Comparação do crime de estupro do CP com o crime de estupro do CPM:

<u>CÓDIGO PENAL</u>	<u>CÓDIGO PENAL MILITAR</u>
É crime hediondo - regime inicial FECHADO, progressão para regime mais benéfico: 2/5 (réu primário), 3/5 (reincidente).	Não é crime hediondo – regime inicial provavelmente semiaberto ou aberto, progressão para regime mais benéfico: 1/6 da pena p/ reincidente ou não.
Ação penal pública condicionada a representação, exceto quando a vítima for menor de 18 anos, pessoa vulnerável ou se o crime for cometido mediante violência real.	Ação penal pública incondicionada – a vítima não tem direito de escolher se quer ou não prosseguir com o processo.
Há a previsão do estupro de vulnerável – art. 217-A do CP.	Não há previsão de estupro de vulnerável.
Crime de estupro e atentado violento ao pudor são unificados em um mesmo dispositivo.	Crime de estupro e atentado violento ao pudor são crimes diferentes, com penalidades diversas.
Tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos ou passivos no crime de estupro.	Somente mulher poderá ser vítima do crime de estupro, e, conseqüentemente, somente homem poderá ser o sujeito ativo do delito.
Penas: estupro + atentado violento ao pudor = 6 a 10 anos.	Estupro: 3 a 8 anos. Atentado violento ao pudor: 2 a 6 anos.

- Você acha que o crime de estupro no CPM é mais brando que o crime de estupro no CP?
SIM NÃO
- Você acha que o militar deveria ser apenado com maior rigor?
SIM NÃO
- Você acha que o CPM deveria ser reformado?
SIM NÃO
- Você acha justo o militar responder pelo crime de estupro no CPM com as referidas penas?
SIM NÃO
- Você acha necessário a existência de dois códigos penais (um militar e o outro civil)?
SIM NÃO
- Diante da prática de um crime, se você tivesse a opção de escolher por qual justiça você seria julgado, você escolheria:
JUSTIÇA MILITAR JUSTIÇA COMUM

ANEXO II:

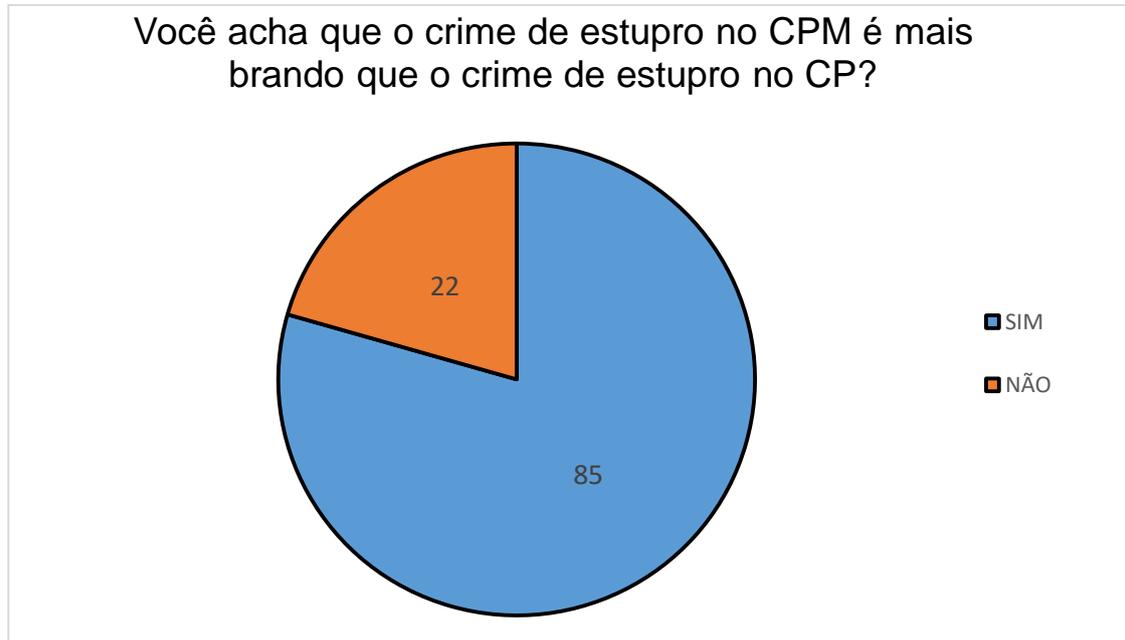


Figura 7 - Primeira questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

ANEXO III:

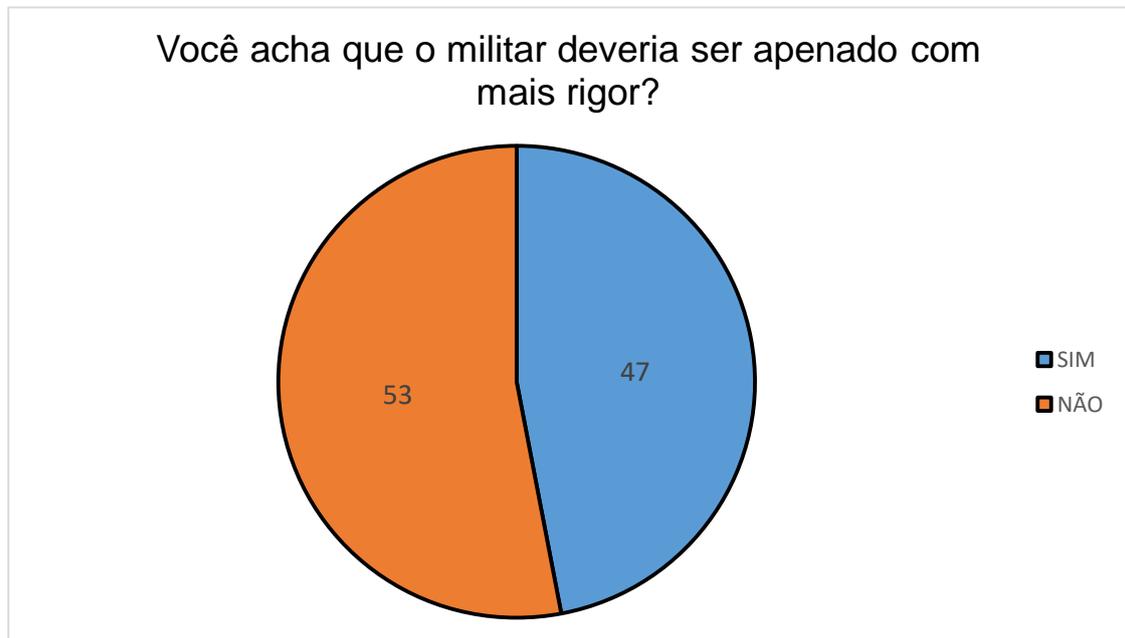


Figura 8 - Segunda questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

ANEXO IV:

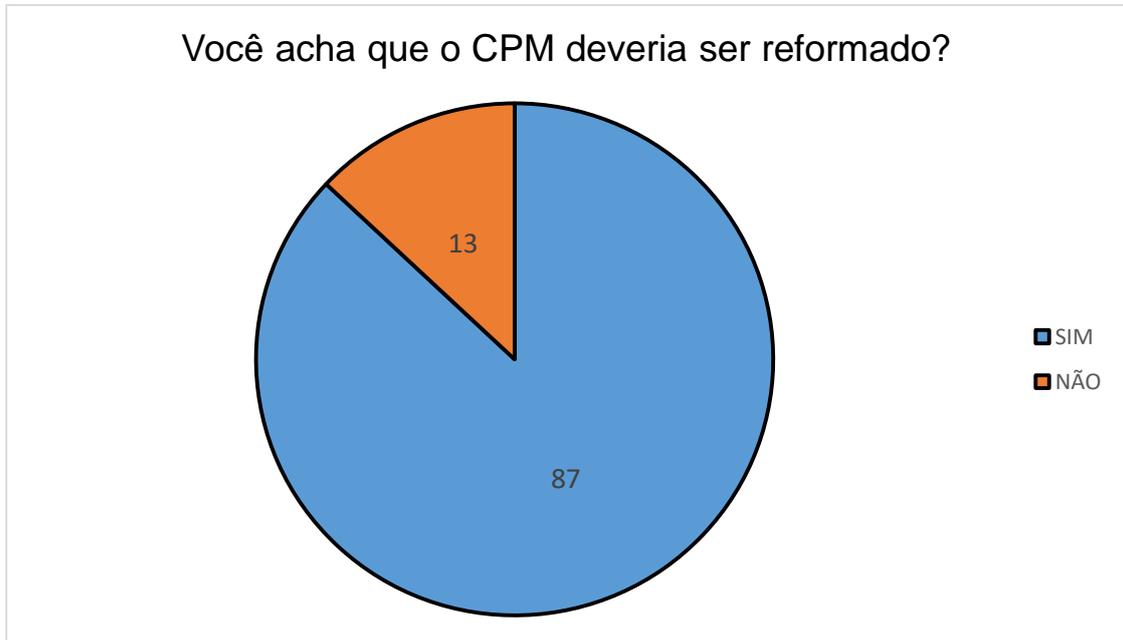


Figura 9 - Terceira questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

ANEXO V:

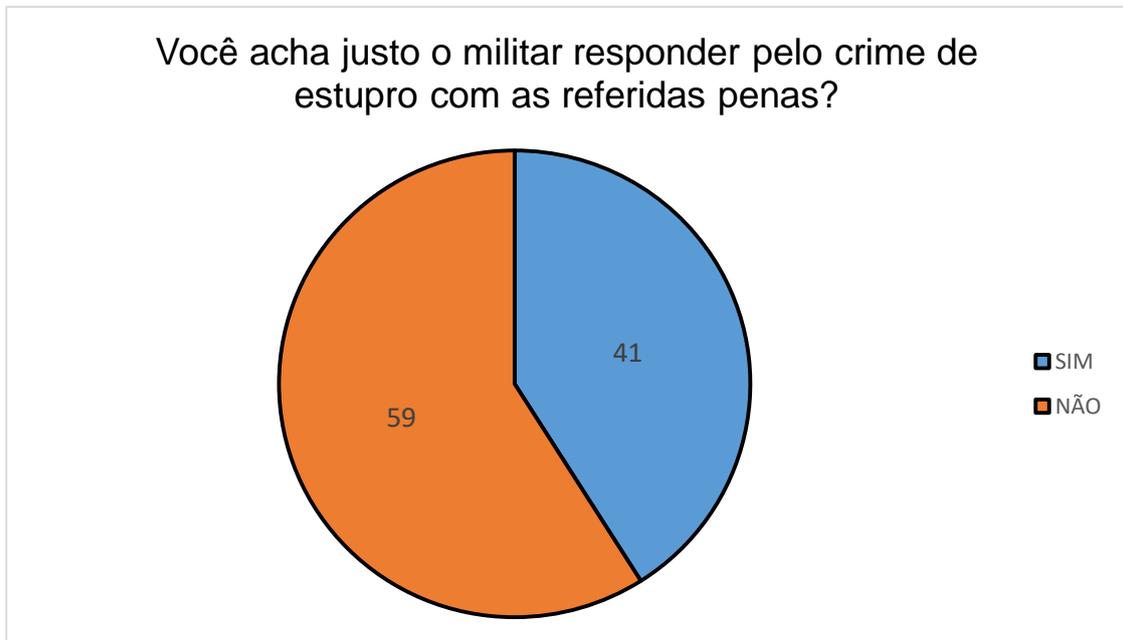


Figura 10 - Quarta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

ANEXO VI:

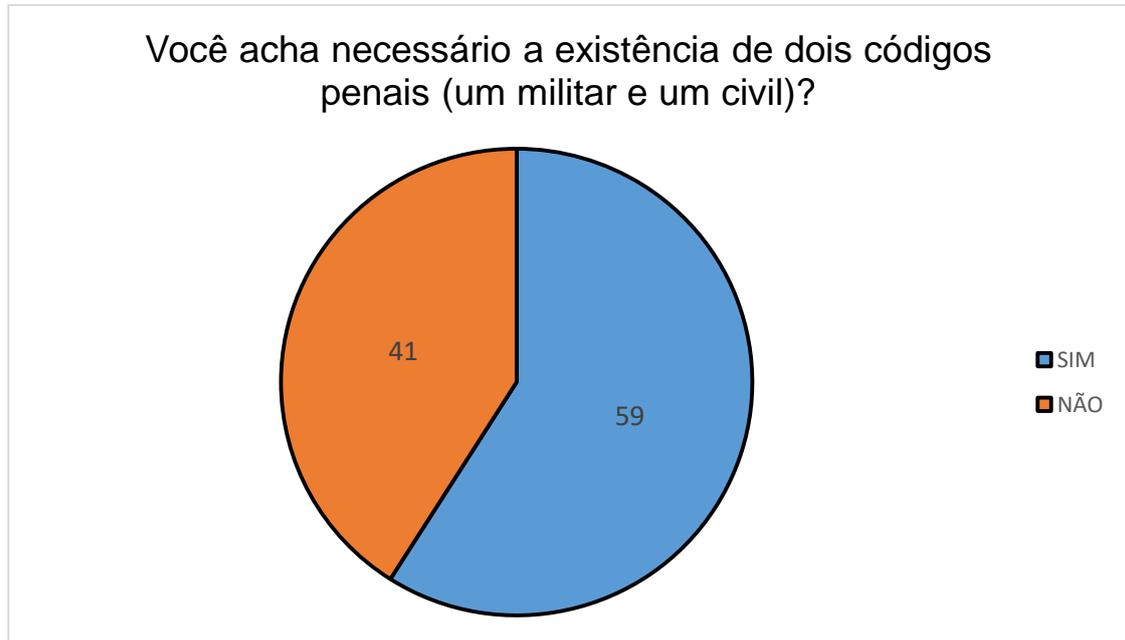


Figura 11 - Quinta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.

ANEXO VII:

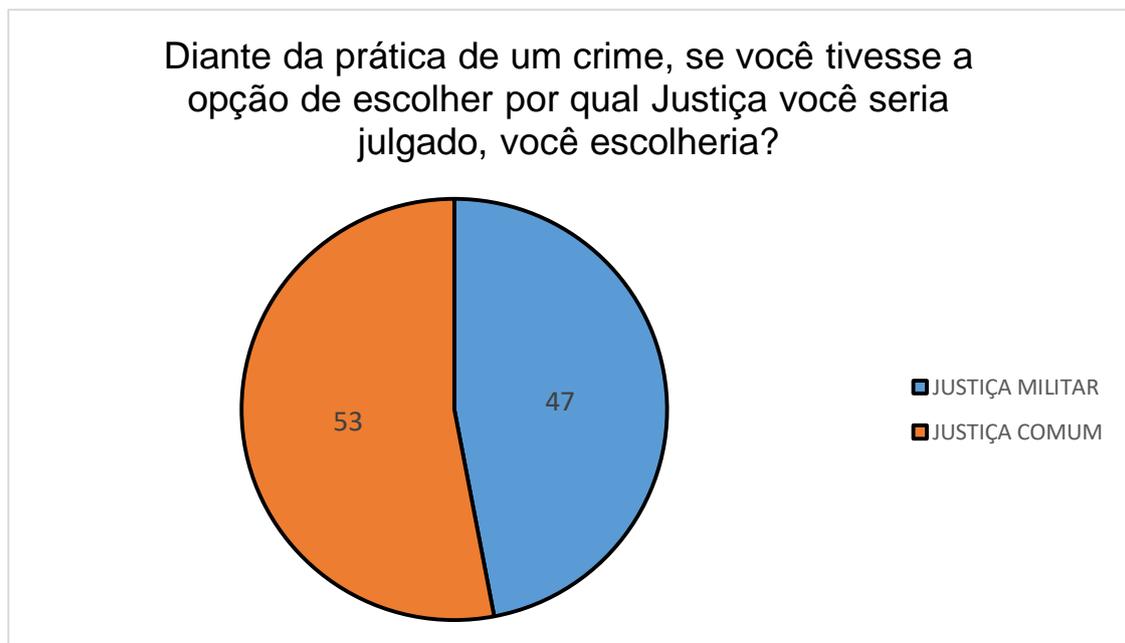


Figura 12 - Sexta questão do questionário aplicado na tropa sobre a comparação do CP com o CPM e as Justiças Militar e Comum.