

FACULDADES UNIFICADAS DE GUARAPARI

CURSO DE DIREITO

MAYKE MEDEIROS SIMÕES

ASPECTOS POLÊMICOS DO DIREITO PENAL MILITAR

GUARAPARI/ES

2015

MAYKE MEDEIROS SIMÕES

ASPECTOS POLÊMICOS DO DIREITO PENAL MILITAR

Monografia apresentada no Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari, como requisito I para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Msc.
Ricardo de Sousa Fortes**

GUARAPARI/ES

2015

MAYKE MEDEIROS SIMÕES

ASPECTOS POLÊMICOS DO DIREITO PENAL MILITAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de Junho de 2015

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Msc. Ricardo de Souza Fortes

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

AGRADECIMENTO

A Deus que em todo momento me deu forças para trilhar esta árdua jornada e pelo fôlego de vida que me foi dado.

A minha Família, meu porto seguro, que sempre me motivaram e aconselharam. Pelo carinho e dedicação dados a minha pessoa durante todo o curso.

Ao Meu Orientador e amigo Professor Ricardo Fortes, pela paciência e suporte na execução deste trabalho e as orientações valorosas.

A Todos que direta e indiretamente me ajudaram durante todo meu curso.

Aos meus pais, irmão, minha namorada e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Já vivemos suficientemente o problema da inflação legislativa. A hora é de mudança, de coragem para a adoção de um sistema diferente, garantista, que procure preocupar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, que consiga enxergar em outros ramos do ordenamento jurídico força suficiente para a solução dos conflitos sociais de somenos importância. (GRECO, 2015)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discutir à aplicação de normas e princípios que são aceitas no Direito Penal Comum, todavia não há previsão no Direito Penal Militar. Sintetizando direitos reconhecidos pelo legislador na justiça comum que, ainda são desconhecidos no Direito Penal Militar, tais como a aplicação do princípio da insignificância na exclusão da tipicidade material, a aceitação do Habeas Corpus como remédio processual no trancamento dos procedimentos administrativos disciplinares militares, entre outros. Assim sendo, a presente pesquisa visa discutir a aplicação dos princípios do Direito no ramo Penal Militar à luz dos Direitos Humanos, na tentativa de demonstrar que o Militar, apesar de ser considerado de uma classe especial, não deve padecer em detrimento de uma legislação com conceitos que não se aplicam com o regime de governo atual e em muitos casos não garantem a dignidade da pessoal humana.

Palavras-chave: Direito Penal Militar, Princípio da insignificância, Habeas Corpus, Crime Continuado, Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study aims to discuss the implementation of rules and principles that are accepted in the Common Criminal Law, but there is no provision in the Military Penal Law. Synthesizing rights recognized by the legislator in the ordinary courts that are still unknown in the Military Penal Law, such as the application of the principle of insignificance exclusion material typicality, acceptance of habeas corpus as a procedural remedy the locking of the military disciplinary administrative procedures. Therefore, the present study aims to discuss the application of the principles of law in the Penal Military branch in the light of Human Rights in an attempt to demonstrate that the military, despite being considered a special class, should not suffer at the expense of legislation concepts that do not apply to the current government regime and in many cases do not guarantee the dignity of the people.

Keywords: Military Penal Law, insignificance principle, Habeas Corpus, Continued Crime, Human Rights.

LISTA DE SIGLAS

ART – Artigo

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPM - Código Penal Militar

DDHH - Direitos Humanos

HC - *habeas corpus*

MMEE – Militares Estaduais

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. CONCEITO DE DIREITO PENAL MILITAR | 12 |
| 3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MILITAR | 15 |
| 3.1. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE | 16 |
| 3.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 17 |
| 3.3. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA | 18 |
| 4. CONCEITO DE MILITAR | 21 |
| 5. CRIME MILITAR | 23 |
| 6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NO DIREITO PENAL MILITAR | 27 |
| 6.1. CONCEITO | 27 |
| 6.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA | 28 |
| 7. CRIME CONTINUADO..... | 33 |
| 7.1. CONCEITO | 33 |
| 7.2. PENALIZAÇÃO NA ESFERA COMUM E NA MILITAR..... | 34 |
| 8. O <i>HABEAS CORPUS</i> COMO REMÉDIO PROCESSUAL NO TRANCAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES | 37 |
| 8.1. CONCEITO DE <i>HABEAS CORPUS</i> | 37 |
| 8.2. CABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES | 38 |
| 9. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E O DIREITO MILITAR..... | 41 |
| 10. CONCLUSÃO | 43 |
| 11. REFERÊNCIAS..... | 45 |

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal Militar é um ramo jurídico que ainda é desconhecido por muitos, até mesmo por bacharéis em Direito, haja vista que não compõe a grade curricular das universidades, pois se dirige, em sua maioria, ao militar. Todavia, tal ramo jurídico não pertence exclusivamente ao militar, pois a própria legislação castrense prevê que, em determinados casos, o civil também pode praticar o crime militar.

Como se sabe, a própria Constituição Federal faz diferenciação entre o cidadão civil e o militar. Como por exemplo, o texto da CF/88 em seu art. 5º, LXI, o qual diz que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nota-se que o artigo supracitado versa sobre o direito de livre locomoção, haja vista que a prisão e o cerceamento da mesma. E que ao civil apenas e cabível quando pego em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária, e quando se refere ao militar, a CF deixa o direito de livre locomoção do militar à mercê do legislador castrense.

Assim como todo cidadão, o militar também está sujeito às mesmas mazelas por aquele enfrentadas, quer seja de ordem social ou econômica. Entretanto, o militar é considerado um servidor especial, uma vez que possuiu obrigações e prerrogativas devidas a função que exerce. Logo se espera que este tenha tratamento diferenciado em legislação específica.

Para tanto o Direito Penal Militar e o Direito Processual Militar estão codificados nos Decretos Leis nº 1001 e 1002 de 1969. Tais Códigos foram redigidos durante a Ditadura Militar, onde houve o recesso do Congresso Nacional e as funções do Executivo e Legislativo foram desempenhadas por militares, o que justifica a supervalorização de valores intrínsecos às organizações militares, todavia a mesma se tornou anacrônica se comparada com o Direito Penal Comum.

As instituições militares possuem, genericamente, como princípios basilares a Hierarquia e Disciplina, o que faz com que haja tamanha valorização e rigidez quando se tem um militar envolvido na prática de crime. Todavia, verifica-se que tais princípios são considerados pela Carta Magna como meios organizacionais que visam garantir a eficácia e eficiência do serviço militar. Logo, se o Poder Judiciário tratar à Hierarquia e a Disciplina como meios organizacionais e não como atividade fim, será possível a aplicação dos mesmos Princípios Jurídicos aplicados na Justiça comum.

Será analisado de forma consciente e coesa, buscando jurisprudências que apoiem alguns aspectos polêmicos a cerca do Direito Penal Militar.

Discutir pontos controvertidos no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância no Direito Militar, o cabimento de *Habeas Corpus* no Trancamento do processo disciplinar e à aplicação de medidas restritivas de direito nos crimes militares sob à luz dos Direitos Humanos

E por derradeiro, trazer objetivos a serem alcançados, tais como uma possível mudança na legislação vigente, buscando a isonomia entre o Direito Penal e o Direito Penal Militar.

2. CONCEITO DE DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar é o ramo jurídico direcionado a tratar dos crimes militares. Como já mencionado, o militar é uma categoria especial, responsável pela manutenção da ordem e a incolumidade pública. E tal posição exige do indivíduo um comportamento diferenciado, pois se espera que o militar, devido a sua condição especial, não haja como o civil diante das adversidades.

Diferentemente de diversas normas do Direito brasileiro, tais como a Lei de Tóxicos ou Lei “Maria da Penha”, que são direcionadas a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, as normais penais militares são quase que em sua totalidade direcionada ao militar, que ainda sim continua sujeito a todas as outras normas impostas ao civil.

O fato de tratar quase que de forma exclusiva destes que são considerados especiais, tem trazido grande interesse pelo estudo do ramo militar. Na medida em que, por possuírem prerrogativas especiais, são incumbidos de grande responsabilidade, como por exemplo, o sacrifício da própria vida. Exatamente, risco da própria vida em prol da sociedade. Conforme se verifica na Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto do Militar das Forças Armadas, no art. 27, o qual elenca as manifestações essenciais do valor militar, em seu inciso I, “o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida”. Tal regulamentação é seguida pelas demais instituições militares estaduais, quais sejam, as polícias e bombeiros militares.

Em contrapartida, devido a essa série de peculiaridades impostas no Direito Militar, a constituição garantiu aos militares que quando na prática de crime militar, estes possuem o direito de serem processados e julgados perante a Justiça Militar. Conforme Art. 125 § 4º, o qual preconiza que:

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

Outro ponto que deve ser observado é que o militar é dotado do poder de polícia do Estado, assim sendo, e a personificação da força deste. Assim, os crimes cometidos por militares, atingem diretamente a administração pública. Destarte, quando se trata do Direito Castrense, o interesse privado ou social e secundário. Pois o interesse do Estado deve prevalecer. Assim, por exemplo, se um civil for injuriado por outrem, cabe exclusivamente a este proceder ou não com a devida representação, propondo a queixa crime. Todavia se um militar for injuriado por outrem, mesmo que amigos forem, deverá ser instaurado o devido inquérito e apresentado ao Representante do Ministério Público para que este veja se a conduta é realmente criminosa, e caso verifique a tipicidade dos fatos, fará a denúncia.

Outrossim, verificando os índices sistemáticos dos respectivos códigos penais, observa-se que desde a distribuição dos títulos, a preocupação inicial é com os interesses do Estado. Vejamos no quadro a seguir:

| CÓDIGO PENAL MILITAR | CÓDIGO PENAL COMUM |
|--|---|
| TÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA EXTERNA DO PAÍS | TÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A PESSOA |
| TÍTULO II DOS CRIMES CONTRA A AUTORIDADE OU DISCIPLINA MILITAR | TÍTULO II DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO |
| TÍTULO III DOS CRIMES CONTRA O SERVIÇO MILITAR E O DEVER MILITAR | TÍTULO III DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL |
| TÍTULO IV DOS CRIMES CONTRA A PESSOA | TÍTULO IV DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO |
| TÍTULO V DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO | TÍTULO V DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS |

| | |
|--|--|
| TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA | TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL |
| TÍTULO VII DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR | TÍTULO VII DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA |
| TÍTULO VIII DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR | TÍTULO VIII DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA |
| | TÍTULO IX DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA |

Quando comparados fica claro que são inteiramente opostos, uma vez que o direito penal comum visa em primeiro plano defender a vida, o patrimônio privado e a dignidade da pessoa humana e por fim os interesses da Fazenda, enquanto o Direito Penal Militar visa em primeiro plano defender a segurança externa do país, as autoridades ou disciplina militar, o serviço e o dever militar e somente após, visa proteger a vida.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MILITAR

No ordenamento jurídico brasileiro existem algumas fontes, ou seja, o lugar de onde provém o direito. Para que exista um posicionamento a cerca de algum fato, e necessário que exista um parâmetro para o julgamento. De forma breve, podemos classificar as fontes do Direito em fontes mediatas e fontes imediatas.

Em um caso concreto, a primeira fonte a ser analisada e a fonte imediata, pois tal fonte é a lei. Em todos os casos, sempre será feita análise da lei, que pode ser uma legislação específica ou regra geral.

Todavia, nem sempre o legislador consegue prever todas as hipóteses e assim, acabam surgindo lacunas entre as leis, e o operador do Direito encontra-se em uma situação complicada. Nestes casos, é necessário recorrer às normas mediatas, que são os costumes e os princípios gerais do direito.

No art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) encontramos a previsão legal para aplicação dos princípios para dirimir os conflitos ou ausência de normas, vejamos: “quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Assim, sempre que houver dúvidas quanto à aplicação de um direito, deverá ser analisado os princípios gerais.

Os princípios gerais do direito emanam da própria lei. A Constituição Federal, em seus artigos, traça uma série de princípios. Em seu art. 1º quando faz a definição do perfil político do Brasil, traz no inciso III a “dignidade da pessoa humana”, que é, sem sombras de dúvidas, o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além do preenchimento de lacunas. Tal princípio deve ser observado a todo o momento, inclusive quando na criação de uma nova legislação e aplicação das já existentes.

Segundo Capez (2012, p. 27) “aos princípios constitucionais e as garantias individuais devem ser balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores”. Assim, os princípios gerais devem ser aplicados em todos os casos, principalmente na normatização penal.

O Direito Penal é a medida mais drástica que o Estado pode tomar para sanar os conflitos e aplicar sanções. Como nos ensina Rogério Greco (GRECO, 2015, p.71) “a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores”. Deste modo é incontestável que deva ser aplicado na norma penal o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde derivam outros princípios orientadores e limitadores do direito penal, quais sejam: Humanidade, Legalidade, Insignificância, Proporcionalidade, Intervenção Mínima, dentre outros.

3.1. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade é facilmente observado em vários ramos do Direito. A própria Constituição Federal o prevê em varios textos.

Pode-se afirmar que o princípio em tela se trata de certos limites para a imposição de sanções. Ou seja, visa evitar que penas como prisão perpetua, pena capital ou até mesmo a tortura sejam aplicadas, tanto no direito comum quanto no Direito Castrense, pois em cerca momento histórico era adotados na disciplina militar.

Assim, a nossa Carta Magna em seu Art. 5º, inciso III preconiza “que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante”. E ainda alguns incisos a frentes, XLVII, em suas respectivas alíneas, proíbe a aplicação da pena de morte, salvo em casos de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Essas vedações constitucionais concernentes à atuação do Estado em relação ao indivíduo impõem ao legislador e ao intérprete da lei, mecanismos de controle dos tipos penais.

3.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A primeira noção da aplicação da proporcionalidade no ramo jurídico encontra-se no Código de Hamurabi com o conceito de “Olho por olho e o dente por dente”.

Tal princípio preconiza que a sanção a ser aplicada deve ser equivalente ao dano provocado. De modo que não exista o sentimento de injustiça ou arbitrariedade na cominação de penas

A ideia de Justiça esta diretamente ligada à proporção, uma vez que, se a pena aplicada for desproporcional a ação ofensiva à sensação de injustiça irá tomar conta. Portanto, é fundamental que seja feita a análise do quanto o bem jurídico tutela foi lesado para, somente então, quantificar a pena.

O princípio da proporcionalidade está diretamente ligado ao da dignidade humana quando no art. 5º da CF extingue certas sanções e exige a individualização da pena (Art. 5º, inciso XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (Art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (Art. 98, inciso I). Nesse sentido, observa-se o seguinte trecho:

“um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é, justamente, o de encontrar a pena proporcional, principalmente quando se tem em mira a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade, penas intermediarias que procuram dar a resposta ao mal praticado pelo agente, mas com os olhos voltados para o princípio da dignidade da pessoa humana.” (GRECO, 2015, p. 111)

Assim, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em dois momentos. O primeiro momento é na criação da lei e cominação da pena. O legislador deve se ater a tal princípio para que traga o sentimento de injustiça, pois a sociedade deve observar alguma vantagem na lei que incrimina, pois deve existir o sentimento de que o bem tutelado “vale” mesmo tamanha proteção. O

segundo momento e após a prática lesiva, na aplicação da pena. Para tanto deve ser observado à culpa ou dolo do agente, se a lesão foi total ou parcial, grande ou pequena. Pois “as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores” (NUCCI, 2014, p. 96).

Podemos observar então, que quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade e não havendo equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção imposta, estará sendo ferido o princípio da proporcionalidade.

3.3. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Esse princípio não está previsto no ordenamento jurídico pátrio. E oriundo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu Art. 8º determinou que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

O Art. 1º do CP diz que “Não há crime sem lei anterior que o defina...” e aqui encontramos a legalidade das sanções penais. Ou seja, para que algum fato possa ser considerado crime, mister é a sua previsão legal, o que limita o poder de punir do Estado. Todavia o princípio da legalidade, por sim só, não afasta a possibilidade de cominações penais absurdas e desnecessárias.

Conforme preleciona Rogério Grego (2014, p.51):

“O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do direito penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.”

Assim, a norma Penal é considerada a *ultima ratio*, ou seja, o legislador só deve optar pela imposição de sanções através de lei penal incriminadora se não houver outro meio cabível. Tal vertente é a que defende a natureza subsidiária do Direito Penal.

Destarte, ainda sob à luz dos ensinamentos de Rogério Grego (2014, p 53), observa-se o princípio da intervenção mínima como duas faces de uma mesma moeda. Vejamos:

“De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo como norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.”

Ao longo do tempo a sociedade vem evoluindo, e consigo traz, obrigatoriamente, a evolução e adequação do Direito aos tempos modernos. Assim, muitas infrações que no passado eram consideradas inadmissíveis no âmbito social e exigia-se a intervenção penal, já não são mais da alçada do Direito Penal atual.

Pode se tomar, por exemplo, o adultério que era considerado crime e somente a partir de 28-03-2005 que foi revogado pela lei 11.106. O legislador observou que tal situação poderia facilmente ser abraçada pelo ramo Civil, através de uma indenização pelo dano moral causado, não havendo a necessidade do cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo.

Ainda neste sentido, conclui André Copetti (2000, p.87 *apud* GREGO, 2014, p. 53) que:

“Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva política-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.”

Deste modo, na existência de um meio alternativo para solução da *lide*, à aplicação da sanção penal torna-se abusiva. Uma vez que uso exacerbado da norma penal, ao invés da sensação de segurança e proteção ao bem jurídico tutela, traz um sentimento de medo e insegurança. O que não é a função do Direito Penal, que na verdade buscar trazer condições essenciais a uma pacífica convivência.

4. CONCEITO DE MILITAR

O Direito Penal Militar é um ramo jurídico dedicado em sua maioria ao militar. Mas quem é considerado militar? A resposta para tal questão se encontra no art. 22 do CPM, que diz que: “É considerado militar, para efeito da aplicação deste código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar”.

A pessoa do militar pode ser classificada em duas categorias. Militar da ativa e militar da inativa. O artigo supracitado conceitua o militar, todavia, não deixa claro se trata do militar da ativa e da inativa ou se apenas daquele. Vejamos as respectivas classes, conforme o § 1º do art. 3º da lei 6880/80:

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

b) na inatividade:

I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e

II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

III - os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.

Nota-se que o referido artigo abrange apenas os militares da União, ou seja, as Forças Armadas. Assim as Polícias e Bombeiros Militares Estaduais não seriam

abrangidos por tal conceito de militar. Todavia, o artigo 42 da CF/88, em seu § 1º vem equiparando os MMEE aos das Forças Armadas.

Outro ponto a ser analisado no art. 22 do CPM, segundo Cicero Neves (2014) e que a palavra “incorporada” deve-se entender “pessoas incorporadas às Forças Armadas e, por extensão arrimada no art. 42 da CF, às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, ou seja, militares da ativa das Forças Militares Federais e Estaduais”.

Assim, serão julgados pelo CPM os crimes cometidos por militares durante o exercício do serviço da Ativa, devendo ser processados e julgados, os membros das Forças Armadas, pela Justiça Militar da União e os Militares Estaduais pela respectiva Justiça Militar Estadual.

5. CRIME MILITAR

Crime Militar, assim como o crime comum, é aquele definido por lei. Assim, para que um fato seja considerado crime militar, mister se faz a sua previsão no Código Penal Militar.

No entender de Jorge César de Assis (ASSIS *apud* GIULIANI, 2007, p. 44) crime militar é:

“Toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção”.

Segundo Ricardo Giuliani (2007), a doutrina estabeleceu critérios para que fosse conceituado o crime militar. Quais sejam: *ratione materiae*, *ratione persone*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

Esses critérios são, respectivamente, em lugar da matéria, em que será analisada as qualidades do militar no ato e no sujeito. Em razão da pessoa, em que será analisado exclusivamente o fato do agente ser militar independente da matéria. Em razão do lugar, onde analisa se o local em que ocorreu o crime esta sob a administração militar. Em razão do tempo, onde será analisado se o crime praticado durante tempo de guerra ou períodos de manobras ou exercícios.

Por fim, e é este que será mais bem analisado, esta o *ratione legis* ou em razão da lei. Como já fora explanado, este é o critério utilizado pelo legislador castrense para definir o crime militar.

O código penal militar traz em seus artigos 9º e 10º os crimes militares em tempos de paz e de guerra respectivamente. Em análise ao art. 9º, a doutrina ainda faz classificações quanto ao crime militar, que podem ser divididos em crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares.

Os crimes propriamente militares são aqueles em que a previsão é feita exclusivamente no CPM, ou seja, não a correspondência na lei penal comum. Assim apenas podem ser praticados, em regra, por militares. Tais crimes estão ligados diretamente à vida e ao serviço militar. São exemplos de crime próprio: embriaguez em serviço (art. 202); deserção (art. 187); motim (art. 149); dormir em serviço (art. 203) e etc.

Conforme mencionado supra, esta é a regra. Todavia, há uma exceção. No CPM, em seu artigo 183, encontra-se o crime de insubmissão. Vejamos: “Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena - impedimento, de três meses a um ano”. Observe a expressão: “convocado à incorporação”. Neste caso como ainda não houve incorporação no serviço militar ainda se trata de um civil e este acabou de cometer crime militar. Este é o único caso em que um crime propriamente militar pode ser cometido exclusivamente por civil.

Outra questão importante que se levanta diante deste fato é: se a Justiça Militar é competente para julgar os crimes militares, como poderia um civil ser submetido a julgamento em um órgão de competência exclusivamente militar? É simples, uma vez praticada a insubmissão, antes de ser levado a julgamento o cidadão será incorporado ao serviço militar, processado e julgado.

O crime impropriamente militar é, por sua vez, aquele que, pela condição de militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do lugar, ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à segurança ou à economia, ao serviço ou à disciplina das instituições militares. O crime impropriamente militar é, em linhas gerais, aquele crime comum cujas circunstâncias alheias ao elemento constitutivo do fato delituoso o transformaram em crime militar.

Após o entendimento sobre as classificações do crime militar, é de fundamental importância o art. 9º do COM, pois dele decorre tais separações e um melhor

entendimento a cerca de um fato típico e antijurídico que pode ser qualificado como crime militar. Vejamos o referido artigo:

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, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

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; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

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

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

Nota-se que o inciso I do art. 9º traz a ideia do crime propriamente militar, enquanto do inciso II em diante os crimes impropriamente militar. Assim uma vez que já existe a *ratione legis*, pois há previsão em ambos os códigos penais, para que haja a qualificação no crime impropriamente militar o fato deve estar sujeito a alguma das outras condições, quais sejam: *ratione materiae*, *ratione persone*, *ratione loci*, *ratione temporis*.

6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL MILITAR

6.1. CONCEITO

O princípio da insignificância foi introduzido no Ordenamento Jurídico Penal na década de 60 por Claus Roxin, que trouxe do Direito Romano o entendimento de "*minimis non curat praetor*", ou seja, o magistrado não deve se ater a coisas pequenas. Para que haja o *lus Puniend* e necessário que a conduta ofensiva cause lesão relevante, para assim receber a devida reprovação.

Conforme já analisado no princípio da intervenção mínima, o legislador visa a lesividade e adequação social quando na criação de uma norma. Assim, quando o fato, apesar de tipificado, não causar dano relevante, não deve também ocupar as vias judiciais.

Para Cícero Neves e Marcelo Streifinger (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 81) “a questão da insignificância fulcra-se sobretudo no bem juridicamente tutelado, não em relação à dignidade do bem, já apreciada pelo legislador, mas no que tange à extensão do dano provocado pela conduta ao bem jurídico.”

Para melhor entendimento, será proposta a seguinte situação: Dois amigos, quando retornavam da escola, param em um estabelecimento comercial de renome e um deles pega um chocolate na prateleira, no valor de R\$ 0,75, dividem entre si o produto e saem do estabelecimento. Momento em que o segurança da loja os detém pela prática do crime previsto no art. 155 do CP, qual seja “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Verifica-se que a conduta praticada pelos indivíduos esta tipificada como crime, e ainda o furto por eles cometido foi na forma qualificada pelo concurso de pessoas, aumentando a pena de um a quatro anos para a pena de dois a oito anos. Assim, é possível o questionamento sobre a vontade do legislador ao definir o crime de furto era abranger a toda e qualquer coisa independente do valor que representa.

Segundo a visão minimalista proposta por Rogério Grego em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio” (2015, p.104) nos ensina que:

“O princípio da insignificância, portanto, servirá de instrumento de utilização obrigatória nas mãos do intérprete, a fim de realizar a perfeita adaptação do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, com a sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, raciocínio que é levado a efeito considerando-se a chamada tipicidade material”.

Assim, como se verifica na ilustração, a conduta dos dois indivíduos era típica e antijurídica, em que caberia a intervenção estatal. Todavia o bem jurídico protegido, a barra de chocolate de R\$ 0,75, pode ser considerado insignificante para o estabelecimento devido ao seu valor inexpressivo. Neste caso poderia ser aplicado o princípio da insignificância para que não fossem aplicadas as sanções penais previstas.

6.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância não está previsto na legislação comum. Na esfera comum, sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio decorre da analogia, jurisprudências e dos entendimentos doutrinários.

Para que seja aplicado tal princípio devem ser constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Ou seja, a ofensa causada deve ser irrelevante, de modo que o dano causado deva ser de pouca importância. Havendo assim um afastamento na tipicidade penal.

Todavia, seguindo o entendimento de Eduardo Cabette (2013), a afirmativa de que não há previsão legal para aplicação do princípio da insignificância é verdadeira em partes. Uma vez que, se analisado somente a legislação penal comum, de fato não será encontrada tal previsão, o que levando a criação de uma falsa concepção. Acontece que, em legislação especial, Código Penal Militar,

artigos 209 § 6º e 240 § 1º e 2º, existem duas previsões para aplicação da insignificância. Analisadas a seguir:

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão levíssima

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

Lesão culposa

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.

É notório que em ambos os casos o legislador traz a figura do princípio da insignificância na medida em que o texto legal segue a vertente da inexpressividade do dano causado ao bem jurídico tutelado e da à possibilidade de atenuação da pena ou ainda do afastamento da esfera penal, considerando a conduta como infração disciplinar.

Nesse sentido, Neves e Streifinger (2014, p. 1061) elucida quanto ao § 6º do art. 209 que “embora haja visão destoante, tem-se a compreensão de que aqui houve pela lei a positivação do princípio da insignificância, ainda que o legislador penal de 1969 não possuísse plena compreensão disso, reconhecendo-se o crime de bagatela”.

E ainda, sobre os parágrafos do art. 240, preconiza que:

“Como última possibilidade do § 1º temos via ligada ao reconhecimento de não lesão ao bem jurídico, o que se tem entendido como manifestação do princípio da insignificância. Embora discutível – ainda mais em um delito como o furto, em que a estrutura moral é abalada - tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Militar, e isso não só nas hipóteses legais, como aqui ocorre, mas também em hipóteses supra legais, como no caso do peculato-furto, por exemplo.

Entretanto, no Direito Penal Militar, salvo nos artigos supracitados, à aplicação de tal princípio não era admitida, sob a alegação de que a prática de crime vai contra o decoro inerente ao policial militar. Destarte, não eram aplicados nem por analogia aos demais casos de crime militar. Entretanto, tal entendimento tem mudado como se pode ver nos seguintes julgados do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUCTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. **3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes.** 4. O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes. 5. A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado. 6. A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia. 7. Ordem concedida. (HC 107638, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011) **(grifo nosso)**

DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 195, CPM. ABANDONO DE SERVIÇO. FALTA DE JUSTA CAUSA. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta dos pacientes com base no princípio da

insignificância, já que foram denunciados como incurso nas sanções do art. 195, do Código Penal Militar. Há, também, tese de falta de justa causa relativamente ao paciente Sandro que, nos termos da inicial deste writ, não teria participado ou concorrido de algum modo para a prática do crime. 2. Relativamente ao primeiro fundamento da impetração do writ - consistente na ausência de justa causa para o recebimento da denúncia -, a matéria envolve apreciação de acervo probatório produzido durante o inquérito e o procedimento administrativo-disciplinar. 3. As condutas dos pacientes foram suficientemente individualizadas, ao menos para o fim de se concluir no sentido do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. 4. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. Não há dúvida de que a justa causa corresponde à uma das condições de procedibilidade para o legítimo exercício do direito de ação penal. 5. Não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 6. O fato insignificante (ou irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do Direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 7. **Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares.** 8. Considero que os vetores para aplicação do princípio da insignificância - ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica causada, e falta de reprovabilidade da conduta - não se revelam presentes na hipótese ora em julgamento. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. 9. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 94931 PR, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 07/10/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-03 PP-00453) *(grifo nosso)*

Ou seja, é possível à aplicação do princípio da insignificância, desde que preenchidos os requisitos especificados, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica, torna-se possível, sem qualquer afronta ao Direito Castrense, a aplicação do princípio em questão para a exclusão da tipicidade dos fatos.

Muito embora, conforme consta no julgado supracitado, em que a relatora, Ministra Ellen Gracie, deixou bem claro que o militar possuiu natureza especial,

logo, o rigor para que seja admitido à aplicação do princípio da insignificância e demasiadamente maior. Todavia, não excluía a possibilidade de aplicação.

Nos ensinamentos de Neves e Streifinger (2014, p. 85) a aplicação do princípio da insignificância é válido. Vejamos tal posicionamento:

“Não é vedada a aplicação do princípio da insignificância em Direito Penal Militar. Todavia, sua aplicação depende, como vimos defendendo, de uma avaliação mais acurada, que prestigie não apenas o bem jurídico primeiramente focado pela norma penal, mas também outros bens jurídicos ligados às instituições militares, que podem estar evidentes ou velados na norma penal militar, a exemplo da hierarquia, da disciplina, da autoridade, enfim, de elementos que possam constituir a regularidade das forças militares”.

Vale ressaltar que assim como em todas as áreas do Direito, cada caso deve ser analisado de maneira singular, uma vez que tal princípio é uma ferramenta poderosa, e a sua aplicação de forma generalizada pode trazer àqueles que foram agraciados a sensação de impunidade, o que não é a intenção do princípio.

7. CRIME CONTINUADO

7.1. CONCEITO

Segundo Ione de Souza Cruz, crime continuado pode ser definido como:

“aquele decorrente da prática de mais de uma ação ou omissão, resultando na configuração de mais de um crime, devendo todos ser da mesma espécie. Como tais, devem ser considerados os crimes contidos no mesmo dispositivo legal (forma simples, privilegiada ou qualificada) ou, estando em dispositivos diferentes, os que violem o mesmo bem jurídico tutelado (furto e apropriação indébita, por exemplo), tentados ou consumados.”

Outro conceito é o de Fernando Capez (2013, p. 558), o qual diz que:

“é aquele no qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução e outras, podem ser tidos uns como continuação do outro”.

No Código Penal Comum, o Crime Continuado está previsto no art. 71, com o seguinte texto:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

No Código Penal Militar a previsão encontra-se no art. 80, que diz:

Art. 80. Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro.

Veja que o artigo supra faz menção ao art. 79, verifica-se:

Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento

correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

O crime continuado se trata de um concurso de crimes onde há uma continuidade delitiva. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ficção jurídica como sendo a natureza do crime continuado. Tal teoria é definida por Rogério Greco (2014, p. 608) como sendo “várias ações levadas a efeito pelo agente que, analisadas individualmente, já consistiam em infrações penais, são reunidas e consideradas fictamente como um delito único”.

7.2. PENALIZAÇÃO NA ESFERA COMUM E NA MILITAR

Observa-se que quando se trata da aplicação da pena no crime continuado do Direito Penal Comum, se as ações criminosas são idênticas, aplica-se apenas uma pena, ou sendo crimes diversos aquela que for mais grave, ambas aumentadas de um sexto a dois terços.

Enquanto no Direito Penal Militar há uma somatória das penas se os crimes forem idênticos, e se diversos aplica-se a maior pena, somada com a metade das menos graves.

Diante dos fatos, entende-se porque tal assunto é tão polêmico. Pois enquanto no Direito Penal Comum a figura do crime continuado vem de forma a abrandar a pena do acusado, pois pela prática de vários crimes o indivíduo responderá como se apenas um fosse, com o devido aumento de pena, no Direito Penal Militar é tratado com todo rigor, tendo em vista a desproporcionalidade que fora dispensada ao referido diploma repressivo castrense.

Por ser nítido o tratamento desigual, o STM, em reiteradas decisões, tem entendido que deve se aplicado de forma subsidiária o art. 71 do Código Penal Brasileiro, por ser este mais benéfico. Vejamos a decisão:

CRIME DE PARTICIPAÇÃO ILÍCITA. CONTINUIDADE DELITIVA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. 1. Restando comprovadas nos autos a autoria, a materialidade e a culpabilidade do Réu diante dos fatos a ele atribuídos, inexistindo, em seu favor, qualquer causa excludente de ilicitude, não há que se falar em

absolvição. 2. Tem-se por consumado o crime de Participação Ilícita, na modalidade prevista no artigo 310, Parágrafo único, do CPM, o militar que, sendo Comandante, Chefe ou Diretor de uma Organização Militar, entra em especulação de lucro ou interesse em relação aos bens em cuja administração, fiscalização e exame, deveria intervir em razão da função. É o caso dos autos. 3. Demonstrando o conjunto probatório que o crime praticado pelo Acusado o foi em continuidade delitiva, a Jurisprudência do Superior Tribunal Militar é pacífica no sentido de se aplicar, subsidiariamente, ao artigo 80, do CPM, a regra do artigo 71, do CPB, por ser esta mais benéfica ao condenado. Negado provimento ao apelo da Defesa, para manter a Sentença "a quo". Decisão unânime. (STM - Apelfo: 49201 PE 2002.01.049201-1, Relator: SÉRGIO XAVIER FEROLLA, Data de Julgamento: 13/11/2003, Data de Publicação: Data da Publicação: 16/12/2003 Vol: Veículo: DJ)

EMENTA. APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. SAQUES SUCESSIVOS DA CONTA DO COLEGA MILITAR. retratação da confissão judicial é insuficiente para afastar a certeza da autoria quando esta exsurge das demais provas carreadas aos autos. **É entendimento pacificado na Corte Castrense que nos crimes militares continuados aplica-se a regra do art. 71 do CP comum.** Inaplicável a diminuição prevista no § 1º do art. 81 do CPM se o agente foi beneficiado com a regra do art. 71 do CP comum. Recurso defensivo parcialmente provido para reduzir a pena imposta e conceder o "sursis". Unânime. (STM - Apelfo: 48884 PR 2001.01.048884-7, Relator: JOSÉ JULIO PEDROSA, Data de Julgamento: 11/10/2002, Data de Publicação: Data da Publicação: 14/11/2002 Vol: Veículo: DJ) (*grifo nosso*)

Muito embora tal entendimento do STM seja pela aplicação subsidiária do CP, haja vista este ser mais benéfico ao acusado, o Supremo Tribunal Federal não entende da mesma maneira.

O STF contrapõe tal posicionamento sob a égide do princípio da especialidade, sob o fundamento de que o Direito Penal Comum apenas deve ser aplicado de forma subsidiária na ausência de norma específica, ou havendo a norma especial, esta não aborde um determinado assunto. Ocorre que o Direito Penal Militar é uma norma especial e como já demonstrada, traz em seu texto as especificações de como deve ocorrer à penalização no caso de crime continuado, motivo pelo qual este deve sobrepor à norma comum. Vejamos o seguinte julgado.

HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica

aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada.(STF - HC: 86854 SP , Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/03/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558)

Assim, exposta tamanha disparidade entre as normas penais comum e castrense, outro entendimento não pode haver se não o de que mister se faz a reforma do dispositivo penal castrense de modo que, adequando-o aos tempos modernos e fazendo com que haja positivação do entendimento que já vem evoluindo no meio jurídico, qual seja à aplicação do previsto no art. 71 do CP nos casos de crime militar continuado.

8. O *HABEAS CORPUS* COMO REMÉDIO PROCESSUAL NO TRANCAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES

8.1. CONCEITO DE *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus* é uma garantia fundamental com natureza de ação constitucional cuja finalidade é resguardar o direito de livre locomoção do indivíduo.

Para Alexandre de Moraes (MORAES, 2014), *habeas corpus* é definido como:

“*habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.”

Guilherme Nucci (NUCCI, 2014, p.21) conceitua *habeas corpus* como “ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir, vir e ficar, seja na esfera penal, seja na cível”.

A previsão legal encontra-se no art. 5º, inciso LXVIII, da CF/88, a qual em seu *caput* estabelece direitos individuais e coletivos, sendo um deles o direito à liberdade. No respectivo inciso, menciona-se o cabimento *habeas corpus*.

Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Observa-se que no texto existem duas ocasiões para o cabimento do HC, quais sejam quando “alguém sofre” e num segundo momento que é quando “se achar ameaçado de sofrer”. Destes fatos surgem duas modalidades de HC aceitas em

nosso ordenamento. São elas o *Habeas Corpus* liberatório e o *Habeas Corpus* Preventivo.

Como pode se observar o HC liberatório, mais comumente utilizado, visa restaurar ao paciente, como é chamado aquele que impetra o HC, a livre locomoção que foi privada através de ato ilegal ou abuso de poder. Neste caso, como já houve o cerceamento da liberdade, expedir-se-á o devido Alvará de Soltura, retornando o paciente à condição de livre.

No caso do HC preventivo, o qual praticamente não é utilizado devido a falta de conhecimento sobre sua abrangência, visa evitar a ilegalidade ou abuso de poder. Para tanto, mister se faz comprovar o direito líquido e certo, bem como a evidência de da ameaça, muito embora difícil de ser comprovada.

8.2. CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES

Os Procedimentos Administrativos Disciplinares são os meios que uma instituição possui de averiguar e punir as faltas cometidas por aqueles que estão sob algum tipo de regime, em sua maioria Servidores Públicos.

O militar é um servidor público especial logo, também está sujeito a procedimentos administrativos disciplinares, ainda mais se levar em consideração o fato de que os pilares do militarismo são a Hierarquia e a Disciplina.

Ocorre que, diferentemente do que acontece com o servidor civil, em muitos procedimentos disciplinares o servidor militar responde já com sua liberdade cerceada, sem ao menos ter sido pego em flagrante.

O *Habeas Corpus* é a garantia constitucional de que não será privada a liberdade de locomoção por ação ilegal da autoridade competente. Acontece que o mesmo diploma que da esta garantia constitucional aos civis, retira dos militares, não admitindo o *habeas corpus* para o trancamento de procedimento administrativo disciplinar militar.

Tal restrição aos militares está prevista no art. 142, § 2º da CF/88.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares,

organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

Todavia, sobre o caso em tela, há algumas cortes que tem se posicionado de forma contrária, a fim de garantir ao militar outro direito constitucional que é o contraditório e a ampla Defesa. Vejamos o seguinte julgado sobre o tema:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. ATO DISCIPLINAR. ART. 142, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESRESPEITO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE AMPLA DEFESA. **1. Ainda que se admita a rigorosa disciplina peculiar à vida militar, não se apresenta regular o desrespeito aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** 2. O juízo sobre a conveniência de oitiva de testemunhas é reservado, em caráter de exclusividade, ao suposto infrator. À autoridade processante, não é dado substituí-lo. 3. Remessa improvida. (TRF-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 02/06/2008, QUARTA TURMA) **(grifo nosso)**

Ainda neste julgado, em seu inteiro teor, o Desembargador Federal Hilton Queiroz defende que:

“Assim, considerando as características da disciplina nas Forças Armadas, o processo administrativo para a apuração de faltas do militar possui características próprias, distintas das normas aplicáveis, por exemplo, aos servidores civis.

É preciso, entretanto, observar que, não obstante seja o Habeas Corpus inadequado para debater o mérito da questão, é idôneo para analisar o aspecto da legalidade e os pressupostos do próprio mérito.

Desta forma, é possível ao Judiciário examinar os possíveis vícios de legalidade existentes em tais atos, como por exemplo, a incompetência do agente, a inobservância do direito a ampla defesa e a ausência do devido processo legal.”

Desse modo, também e nesta vertente o entendimento doutrinário, segundo o entendimento de Eugênio de Oliveira (OLIVEIRA, 2008, p. 756 *apud* MENDES, 2014, p. 430) é “que deve ser vedado ao controle judicial é o exame acerca da

conveniência ou oportunidade disciplinar adotada (se privativa de liberdade ou outra eventualmente cabível), mas jamais a apreciação da sua legalidade”.

Neste sentido, incontestável é o cabimento do *Habeas Corpus* como remédio processual no trancamento dos procedimentos administrativos disciplinares militares sem que haja afronta ao artigo constitucional que o veda aos militares desde que avaliem meramente a legalidade do seu cabimento e não o mérito.

Assim sendo, uma vez encontrado no processo administrativo algum vício, tais como a incompetência da autoridade, falta de previsão legal para a punição, inobservância das formalidades legais, excesso no prazo de duração da medida restritiva de liberdade, dentre outras, e sim possível o trancamento do procedimento a fim de garantir ao militar o devido processo legal no âmbito administrativo.

Destarte, mister se faz a contextualização do Direito Penal Militar aos princípios atuais e também uma Reforma Constitucional, adequando o Direito Militar, a fim de o militar não tenha seus direitos cerceados por um regime defasado que os impede ter pleitear direitos e garantias fundamentais disponíveis a todo cidadão.

9. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E O DIREITO MILITAR

Um ramo em bastante evidência nos dias atuais são Direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

O art. 5º § 3º da CF/88 diz que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, uma vez aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, são equivalentes a emendas constitucionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, muito embora não tenha sido formulada como tratado ou convenção, foi a primeira regulamentação sobre o tema logo após a 2ª Guerra Mundial e dela decorrem os demais tratados e pactos a cerca dos Direitos Humanos. Sendo o seu cumprimento obrigatório a todos os Estados membros da ONU, o qual inclui o Brasil. Assim, evidente se torna que seus princípios e preceitos estão intrínsecos em todas as demais regulamentações sobre o tema.

Destarte, uma vez exposta à necessidade de adequação da normatização pátria com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, analisemos alguns de seus artigos:

[...]Artigo 3º. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [...]

[...]Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. [...]

[...]Artigo 8º. Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. [...]

[...]Artigo 9º. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. [...]

[...]Artigo 11. §1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. [...]

Observa-se que nos artigos supracitados está garantindo a todo cidadão a uma legislação que o proteja, que possam receber dos tribunais um remédio efetivo para que não tenham seus direitos fundamentais violados, o direito a livre locomoção, coibindo a prisão arbitrária e a presunção de inocência.

Assim, nota-se que os conceitos até aqui debatidos, tais como a aplicação do princípio da insignificância para exclusão da tipicidade no crime militar, a adequação da penalização do crime continuado no Direito Militar e o cabimento do *habeas corpus* para o trancamento do procedimento administrativo disciplinar militar.

10. CONCLUSÃO

O desenvolvimento inicial proporcionou o conhecimento e compreensão sobre o ramo jurídico que pouco se discute, mas que está presente em nosso ordenamento, tal ramo é o Direito Penal Militar.

O Direito Penal Militar visa regular a conduta dos militares da União e os Estaduais, na tentativa de conservar os pilares da instituição que são a Hierarquia e Disciplina.

Todavia, verificou-se que o CPM e o CPPM entraram em vigor em pleno regime de ditadura militar no país e isso influenciou fortemente quanto ao rigor e aplicação da norma.

Em contrapartida, após pesquisas jurisprudencial e doutrinária, observou-se que certos paradigmas estão sendo mudados através do novo entendimento acerca de um direito penal do equilíbrio.

Para se obter um Direito Penal do Equilíbrio, deve se verificar os princípios fundamentais presentes em nosso ordenamento pátrio desde a criação até a aplicação de legislação, buscando tutelar bens de relevância jurídica atuais e não manter uma legislação arcaica defendendo valores que atualmente já não possuem prestígio.

O estudo girou exatamente em torno da aplicação dessas garantias constitucionais no Direito Militar, tais como à aplicação dos princípios insignificância, da ampla defesa e contraditório, da humanidade, do devido processo legal, etc.

Assim, defende-se à aplicação do princípio da insignificância na exclusão da tipicidade nos crimes militares, uma vez que tal princípio está presente em nosso ordenamento e nada obsta que, uma vez verificados os pressupostos essenciais, haja à aplicação sem que comprometa os princípios da instituição militar.

Igualmente a penalização do crime continuado que é demasiadamente maior na legislação militar que no Código Penal comum. Apesar de ser um servidor público especial, o militar também é um cidadão e por isso merece um tratamento humanitário, ainda mais pelo fato que sua profissão já exige o compromisso de cumprimento do dever mesmo com o risco da própria vida, não devendo assim ficar a mercê de uma legislação atemporal e com tamanha desigualdade.

Do mesmo modo, foi explanado quanto ao cabimento do *habeas corpus* no Direito Militar. Através da doutrina e jurisprudência tornou-se claro que, apesar da vedação expressa na CF/88 quanto a sua admissibilidade nos procedimentos administrativos disciplinares militares, é possível à aplicação do *habeas corpus* no trancamento da ação devido a qualquer vício no procedimento, continuando sua vedação para discutir o mérito.

Destarte, mister se faz uma nova codificação positivando os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários expostos e contextualizando o Direito Penal Militar aos princípios atuais e também uma Reforma Constitucional, adequando o Direito Militar com os atuais conceitos de Direitos Humanos.

A visão pela aplicação de um Direito Penal do Equilíbrio não é de enfraquecimento da legislação penal, tampouco gerar a sensação de impunidade, mas sim garantir ao militar a dignidade da pessoal humana e o princípio da humanidade que são inerentes a qualquer cidadão.

11. REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César. “**Comentários ao Código Penal Militar**”. 5.ed. Editora Juará. In. GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. Direito Penal Militar. 3.ed. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico, 2007

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de Set de 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 1.001 (1969)**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em 18 de Jun de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 1.002 (1969)**. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 18 de Jun de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689 (1941)**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 20 de Set de 2014.

_____. **STF - HC: 86854 SP**, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/03/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558

_____. **STF - HC: 94931 PR**, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 07/10/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-03 PP-00453

_____. **STM - Apelfo: 48884 PR 2001.01.048884-7**, Relator: JOSÉ JULIO PEDROSA, Data de Julgamento: 11/10/2002, Data de Publicação: Data da Publicação: 14/11/2002 Vol: Veículo: DJ

_____. **STM - Apelfo: 49201 PE 2002.01.049201-1**, Relator: SÉRGIO XAVIER FEROLLA, Data de Julgamento: 13/11/2003, Data de Publicação: Data da Publicação: 16/12/2003 Vol: Veículo: DJ

_____. **TRF-1**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 02/06/2008, QUARTA TURMA

_____. **HC 107638**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Princípio da insignificância tem previsão legal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3757, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25507>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume I, parte geral**. 17ª ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2013

COPETTI, André. **Direito penal e o estado democrático de direito**, 2000. In. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal/ Rogério Greco**. – 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

CRUZ, Ione de Sousa. **Elementos do Direito Penal Militar**. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

DE ASSIS, Jorge Cesar. **Comentários ao Código Penal Militar**, 6ª Edição. Curitiba. Juruá, 2010

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em: 18 de jun. 2015

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Penal Militar**. 3ª Edição. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2014.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8ª ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2015

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco**. – 9º ed. rev. e atual. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Apontamentos de Direito Penal Militar**, volume 01.2ª tiragem. São Paulo. Saraiva, 2008.

_____. Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar/** Cícero Robson Coimbra Neves, Marcelo Streifinger. – 4º ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2012