

# A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME MILITAR

<sup>1</sup>Marcelo Hsiao

## RESUMO

O presente artigo de revisão resume, analisa e discute a monografia de Pós-Graduação *Lato Sensu*, em nível de Especialização em Direito Militar, denominada **Breves reflexões sobre a natureza jurídica da infração penal militar**: conceituação, destinatários e sua distinção do delito comum, elaborada pelo mesmo autor de artigo científico, Marcelo Hsiao.

Palavras-chave: direito, Direito Penal Militar, crime militar, Justiça Militar.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo de revisão tem, por escopo, proceder ao resumo, análise, discussão e conceituação da natureza jurídica do crime militar.

As breves reflexões sobre a natureza jurídica do crime militar objetivam a conceituação, a delimitação dos destinatários e a competência para tais crimes, bem como a distinção da infração penal militar do crime comum.

No bojo da exegese, há a apresentação do matiz histórico do Direito Penal Militar, a conceituação do bem jurídico penal-militar, a caracterização do Direito Penal Militar, os destinatários do Direito Penal Militar, a competência dos órgãos integrantes da Justiça Militar Brasileira, bem como a interpretação e integração da lei penal militar.

Finda a conceituação, há um breve estudo dos princípios basilares do Direito Penal Militar, discorrendo-se sobre os Princípios da Legalidade, da Intervenção Mínima, da Insignificância, da Culpabilidade e da Humanidade, além das fontes do Direito Penal Militar, que são os abalizadores para a boa e fiel aplicação das normas e sanções penais militares.

---

<sup>1</sup> Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP) – Chefe Interino da Divisão de Altos Estudos da Academia de Polícia Militar do Barro Branco; Bacharel (1993) e Mestre (2013) em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública; Bacharel em Direito (1999); Especialista em Direito Militar (2007); Mestre em Filosofia do Direito (2007); Doutorando em Filosofia do Direito (2011-). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0856650076517240>>. Contato: [hsiao@policiamilitar.sp.gov.br](mailto:hsiao@policiamilitar.sp.gov.br).

## 2 O DIREITO PENAL MILITAR À LUZ DA HISTÓRIA

Traçar a trajetória das origens remotas do Direito Penal Militar é, por certo, uma missão árdua, visto que ela se confunde com as origens do próprio Direito Penal comum.

É sabido que, os documentos existentes, os quais tratam de normas jurídicas, estão sob o manto de um caráter geral, voltado para a área penal da sociedade como um todo do que propriamente para este ramo específico do Direito.

Assim, tornou-se voz corrente entre os autores que labutam na área jurídica castrense estabelecer-se que as origens das instituições militares, bem como do Direito Penal Militar, se confundem com as origens das sociedades organizadas.

*Loureiro Neto* assevera que:

Evidências históricas permitem deduzir que alguns povos civilizados da antiguidade, como Índia, Atenas, Pérsia, Macedônia e Cartago, conheciam a existência de certos delitos militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares, especialmente em tempo de guerra...<sup>2</sup>

*Ronaldo Roth* afirma que: “O surgimento da Justiça Militar data da Antiguidade e vem precedido, na história dos povos, da existência do Exército constituído para a defesa e expansão de seu território.”<sup>3</sup>

*Esmeraldino Bandeira*, por sua vez, diz que:

Aceita, porém, pela unanimidade dos povos cultos, a legislação militar, mesmo em tempo de paz, deve ela restringir-se aos fatos da atividade peculiar do soldado, pois que, com pertencer a uma corporação armada, o indivíduo não se isola da corporação maior, que é a sociedade civil.<sup>4</sup>

*Hélio Tenório dos Santos* apregoa que:

A atividade militar é uma das mais antigas ocupações humanas, o que torna difícil precisar quando e onde surgiu a ordem unida. No entanto, é na Grécia que encontramos o primeiro emprego significativo da ordem unida em combate.<sup>5</sup>

As forças militares eram precipuamente formadas para uma reação imediata, utilizando-se dos cidadãos em condições de empunharem armas para a

---

<sup>2</sup> José da Silva Loureiro Neto, **Direito Penal Militar**, p. 19

<sup>3</sup> Ronaldo João Roth, **Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**, p. 5.

<sup>4</sup> Esmeraldino O. T. Bandeira, **Direito, justiça e processo militar**, p. 14.

<sup>5</sup> Hélio Tenório dos Santos, **A ordem unida na evolução da doutrina militar**, p. 17.

defesa de sua localidade. A disciplina era mantida e fundamentada em regras extraídas do senso comum, embasada na honra e na dignidade da luta, em prol de um bem maior: a sobrevivência da própria comunidade, onde qualquer atitude contrária que expusesse ao perigo essa sobrevivência seria cobrada com a vida.

Ademais, os exércitos das cidades-estados gregas eram formados pelos cidadãos proprietários de terras, que representavam a grande maioria da população. Por serem constituídos de agricultores, estes exércitos necessitavam resolver rapidamente suas campanhas para retornarem ao trabalho agrícola.

A evolução paulatina da Humanidade e o consequente desenvolvimento da arte da guerra fizeram com que as sociedades passassem a se preocupar em criar e manter uma força militar em alerta e pronta para a ação, formada por homens capazes e devidamente treinados para a luta em prol da sociedade.

*Platão*, em sua obra *A República*, relata o discurso de *Sócrates* sobre a sociedade ideal, demonstrando a necessidade e o modo pelo qual os membros do exército e suas famílias deveriam ser tratados, de forma que tivessem a consciência de sua importância e o destemor necessário no momento da luta, entendendo que valeria a pena sacrificar, inclusive sua vida, pelo bem-maior, a vida de sua coletividade.<sup>6</sup>

Assim, existindo uma categoria especial de cidadãos destinados ao sacrifício da própria vida em defesa da sociedade e do Estado, nada mais justo que a sua organização e regulamentação internas fossem norteadas por regras especiais que alcancem um mínimo de normas de conduta para um cidadão com tal investidura.

Para a inteligência desta evolução, como em toda a evolução do direito em sua universalidade, a grande contribuição para o Direito Penal Militar é encontrada no Direito Romano.

O mérito romano fora a sistematização das normas jurídicas, o que em muito facilitou o seu conhecimento através dos tempos, tornando-se, inclusive, um elo entre o direito arcaico e o direito moderno.

---

<sup>6</sup> Platão, *A República*, p. 95.

Na Roma Antiga, Estado em constante beligerância e expansão, o Direito em sua universalidade, dentre suas ramificações o Direito Penal Militar, adquiriu características de ciência jurídica.

É sabido que as conquistas romanas só puderam ocorrer porque Roma possuía um exército bem organizado e disciplinado, capaz de operar ações em campo de tal forma que nenhum exército de sua época o conseguia superar.

Para a manutenção do aparato militar, fazia-se necessário uma estrutura disciplinar e jurídica capaz de impor sanções adequadas e imediatas aos seus integrantes. E era desta forma que os generais romanos dispunham de autonomia necessária para impor essa disciplina e manter a máquina de guerra romana em pleno funcionamento.

Verifica-se que, no direito penal militar romano, as penas dividiam-se em três: as penas capitais, as penas corporais ou aflitivas e as penas disciplinares ou morais.

As penas capitais eram as que privavam o infrator de sua vida natural, como a decapitação, aplicada a todos os integrantes do exército romano e a fustigação<sup>7</sup>, aplicada somente aos soldados e, em caso de delitos similares, os centuriões e os oficiais eram decapitados. Outra pena capital era a privação do infrator de sua vida civil, de modo a fazê-lo perder sua liberdade, sendo vendido como escravo.

Em casos especiais, quando um grupo de militares ou mesmo toda uma unidade ou legião incorria em delito punível com a morte, todos os oficiais eram decapitados e, os soldados, no entanto, eram dizimados, ou seja, *“sorteava-se um dentre dez, e aqueles sobre quem recaía a sorte se aplicava a pena de fustigação. A isso é que se chamava dizimação ou ‘decimatio’.* Às vezes, em lugar de sortear-se um dentre dez, sorteava-se um dentre vinte – *vicesimação ou ‘vicesimatio’ ou dentre cem - centesimação ou ‘centesimatio’.*”<sup>8</sup>

As penas corporais ou aflitivas, frequentemente aplicadas, em face de delitos corriqueiros e mais eficientes na retomada da disciplina, constituíam-se em *“castigo, multa, trabalhos forçados, transferência de milícia, degradação, baixa*

---

<sup>7</sup> Açoitar com varas.

<sup>8</sup> Esmeraldino O. T. Bandeira, **Direito, justiça e processo militar**, p. 181.

*infamante; porque não devem ser condenados às minas, nem ao trabalho das minas nem a tormentos.*<sup>9</sup>

As penas disciplinares ou morais constituíam-se em sanções aplicadas muito mais pelos costumes que propriamente pelas prescrições em norma específica. Eram as penas impostas pelo próprio grupo aos camaradas em face de condutas como negligência em serviço, fraqueza diante do inimigo e outras que envolvessem o dia-a-dia da vida castrense romana, como: marchar com as bagagens e com os cativos; montar guarda diante do pretório com uma vara de dez pés; servir-se de pé dos alimentos, dentre outros.<sup>10</sup>

Muitas vezes a aplicação dessas penalidades prescindia de algum tipo de processo, especialmente se as forças nas quais eram cometidos os delitos encontravam-se distantes do comando central, cabendo aos respectivos oficiais avaliar a situação e aplicá-las, o que deixava os soldados ao arbítrio de seus superiores.

Leciona Giordani:

No estudo do Livro VII do Codex Theodosianus, Giuffré focaliza brevemente a justiça militar romana anotando que somente os mais relevantes 'crimina', especialmente dos graduados, eram levados ao conhecimento dos órgãos centrais. As infrações disciplinares eram reprimidas em termos mais ou menos legais ou brutais pelos oficiais que, na realidade, principalmente nas zonas periféricas, tinham o comando pleno e exclusivo que suprimia qualquer elo com a hierarquia superior.<sup>11</sup>

Como se não bastasse, ainda que na época do Império Romano tivesse sido acentuado pelo Imperador a necessidade de inquérito para se apurar com certeza o grau de culpa dos infratores das normas militares, certo é que *“o comandante em chefe do exército possuía amplos poderes. Não havia aqui intervenção de jurados, embora se admitisse, para certos casos de maior importância, a colaboração de um ‘consilium’.*<sup>12</sup>

O direito penal militar romano e o direito romano prosseguiram sua evolução até a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., em decorrência das invasões bárbaras do Norte e do Oriente, iniciando-se a Idade Média.

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 187.

<sup>11</sup> Mário Curtius Giordani, **Direito penal romano**, p. 119.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 118.

Após a tomada do Império Romano do Ocidente e restando o Império Romano do Oriente, este se fecha à Europa, passando Europa a ser dominada por diversos clãs bárbaros, os quais se fixam em determinadas regiões e impõem suas regras e seu modo de vida.

Gradativamente o direito romano, que era escrito, passa a ser um direito bárbaro não-escrito, fundado totalmente no costume. A partir daí, surge um sistema híbrido, pois os cidadãos romanos, dominados pelos conquistadores, continuam a viver e praticar atos, sujeitando-se às novas leis, mas os reis locais procuraram, segundo a pessoa a quem destinava a lei, aplicar um ou outro direito.

O direito militar, no entanto, por se tratar de um direito de grande interesse para a garantia da paz e da ordem de cada reino, não se admitiu, inicialmente, a aplicação do direito romano, sendo ele ordenado segundo as tradições e costumes locais dos guerreiros bárbaros, obedecendo-se aos ditames dos respectivos senhores. Deixa de existir um exército comum e único, o serviço militar é exigido segundo os princípios da vassalagem. O rei, que nada mais era do que um senhor feudal com mais terras que os demais, entendendo necessária a convocação para as armas, determinava a composição da “hoste”, de modo que todos os homens deviam atender ao chamado, cada um armando-se às suas próprias custas.

O treinamento nas armas, o suprimento das tropas e os custos dos deslocamentos ficavam a cargo dos nobres convocados pelo rei. Do mesmo modo, os princípios militares que eram calcados nos valores da bravura, da coragem e da honra aprendidos pelos nobres com seus antepassados bárbaros<sup>13</sup>, colocavam a aplicação das regras de direito militar ao sabor do entendimento de cada senhor e, penas como a de morte ou a de suplícios eram aplicadas largamente.

Assim como para o direito comum, a influência do direito penal militar romano começara a ser sentida quando do fortalecimento dos Estados, em decorrência da determinação dos reis, da codificação do direito que fora um afã dos doutrinadores que buscaram, nas origens romanas, as soluções gerais para substituição dos costumes locais.

---

<sup>13</sup> Hélio Tenório dos Santos, **A ordem unida na evolução da doutrina militar**, p. 39.

No século XV, *Maquiavel*, em sua obra “O Príncipe”, verificando o surgimento dos Estados da França, Espanha e Portugal e, na labuta de também tornar a Itália um Estado único, atribui a necessidade de que o príncipe tenha tropas próprias e fiéis aos seus interesses, movidas mais pelo sentimento de unidade em defesa de sua terra do que pelo dinheiro auferido nas batalhas.<sup>14</sup>

Assim, os exércitos surgidos, para manterem sua estrutura hierárquica e disciplinar, buscam então, no direito penal militar romano, a inspiração para tipificações específicas de crimes militares como deserção, abandono de posto, traição, insubordinação, dentre outros.

Importante ressaltar que as leis militares dos povos ocidentais buscaram sua inspiração no direito romano. Entretanto, tais penas foram sendo flexibilizadas, principalmente após o fim da Segunda Grande Guerra, em face da propagação dos direitos humanos, reservando-se as penas capitais às situações de beligerância.

## 2.1 O DIREITO PENAL MILITAR NO BRASIL

O Direito Penal Militar brasileiro tem suas origens no Direito Penal Militar português, visto que o Brasil esteve na condição de colônia portuguesa, daí serem aplicadas no território da colônia portuguesa as Ordenações Manuelinas e Filipinas em matéria comum e militar, e em matéria militar os Artigos de Guerra do *Conde de Lippe*.

Os Artigos de Guerra foram aplicados à Marinha Brasileira até o ano de 1891, quando foi promulgado o Código da Armada pelo Decreto nº 18, de 7/3/1891; e, em 1899, deixou de ser aplicado ao Exército em face da Lei nº 612, de 28/9/1899. Posteriormente, este diploma legal será também aplicado à Força Aérea, conforme determinação do Decreto-lei nº 2.961, de 20/1/1941.

Depreende-se que os referidos Artigos de Guerra vigoraram por um bom tempo em sua aplicação às forças militares brasileiras, mas essa longa duração não garantiu, no entanto, que não sofresse modificações com relação aos tipos de penas cominadas.

---

<sup>14</sup> Nicolau Maquiavel, **O Príncipe**, p. 56.

Em 1944 é promulgado o Decreto-lei nº 6.227 de 24-1-1944, que institui o Código Penal Militar, cuja entrada em vigor se deu em 24-2-1944, sendo que a estrutura básica é análoga ao vigente Código Penal Militar, promulgado pelo Decreto-lei nº 1001, de 21-10-1969, cuja entrada em vigor se deu em 1-1-1970.

Os primeiros artigos do Código de 1944 apresentaram os princípios norteadores de seu texto: anterioridade da lei penal (art. 1º); presunção da inocência (art. 2º); retroatividade da lei mais benéfica (parágrafo único do art. 2º); aplicação da lei penal no tempo e no espaço (arts. 3º e 4º), bem como define crime militar em tempo de paz (art. 6º) e em tempo de guerra (art. 7º).

Concluimos, desta maneira, que houve a adequação da legislação penal militar brasileira à evolução do direito em âmbito mundial, haja vista que o Código Penal Militar vigente (Decreto-lei nº 1001, de 21-10-69), manteve-se fiel a tais princípios.

### **3 O CONCEITO DO DIREITO PENAL MILITAR**

No texto da Constituição Federal verifica-se que as instituições militares são dotadas de tutela especial, que garante a manutenção de sua regularidade e a proteção de bens jurídicos como a vida, a integridade física, a honra, a hierarquia, a disciplina, entre outros bens.

Nesse contexto, temos ainda o afã das corporações militares que, revestidas de uma complexidade, exigem de seus componentes prerrogativas dignas de missão hercúlea.

As missões atribuídas a organismos militares são matizadas de fiel obediência e possuem como linhas norteadoras a hierarquia e a disciplina.

Todavia, não é conduta humana natural a recepção da hierarquia e da disciplina. Com o escopo de evitar condutas lesivas ao convívio social em sentido amplo ou no interior dos quartéis, insurge a necessidade de objetos de controle, de aferição de uma conduta submissa, *conditio sine qua non* nas diversas atividades delegadas às Forças Armadas, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares.

Um dos instrumentos mais importantes é o Direito Administrativo Disciplinar Militar, que é suficiente para resolver boa parte das condutas indisciplinadas. Entretanto, a intervenção faz-se mais incisiva quando há turbacão



de um bem jurídico-penal que seja de importância tal que acarrete numa persecução criminal.

Em suma, a ordem jurídica militar, alicerce das instituições militares, é entendida como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização das finalidades essenciais dessas instituições.

Por fim, *Cícero Robson Coimbra Neves* e *Marcello Streifinger* definem o Direito Penal Militar como:

conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüentes medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.<sup>15</sup>

### 3.1 O BEM JURÍDICO PENAL-MILITAR

*Francisco de Assis Toledo* conceitua o bem jurídico, sob o prisma do direito penal:

bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo novo ordenamento jurídico, em outras áreas extra-penais.<sup>16</sup>

Tecendo-se tal consideração, verifica-se que, na dogmática penal, o debate sobre o bem jurídico possui valoração em dois momentos: primeiramente na seleção dos bens a serem consagrados à categoria de bem jurídico-penal e no momento da aplicação da lei penal pelo intérprete, em consonância com sua função teleológica ou interpretativa.<sup>17</sup>

Conforme palavras de *Alice Bianchini*, a dignidade penal do bem jurídico e a ofensividade da conduta são pedras basilares para a inteligência e a cabal aplicação do Direito.<sup>18</sup>

Após breves considerações sobre o bem jurídico penal, é possível a refletir sobre o bem jurídico penal-militar.

O bem jurídico penal-militar abarca os princípios e os critérios valorativos que fundamentam o Direito Penal comum, todavia é alicerçado pela

<sup>15</sup> Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, **Apontamentos de Direito Penal Militar**, vol. 1, p. 33.

<sup>16</sup> Francisco Assis de Toledo, **Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 17.

<sup>17</sup> Luiz Regis Prado, **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 48-49.

<sup>18</sup> **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, p. 52.

disciplina, pela hierarquia e pela regularidade das instituições militares. Posto isto, a identificação do bem tutelado tem em vista a ordem jurídica militar, através da interpretação do diploma penal castrense e em caráter suplementar, pelo Código Penal Brasileiro, sem que haja conflito com a Carta Magna.

Em suma, o bem jurídico penal-militar é de identificação complexa, daí o intérprete precisar ater-se às pedras basilares das instituições militares que são a hierarquia, a disciplina, a regularidade das instituições e somente aplicar o princípio da insignificância para os casos previstos no ordenamento jurídico penal-militar.

### 3.2 CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Castrense possui caráter *sui generis* pelos seguintes motivos: i) o bem jurídico tutelado, as instituições militares, possuem caráter diferenciado por conta das especificidades relacionadas à disciplina, hierarquia, serviço e dever militar; ii) os sujeitos dos delitos possuem condição de militar; iii) é aplicado em órgão especial, isto é, pelas Justiças Militares.

Há uma corrente doutrinária, abalizada por *Cícero Robson Coimbra Neves* e *Marcello Streifinger*, que apregoa não ser possível distinguir a competência dos delitos do Direito Penal comum do Direito Penal especial somente porque cometidos por militares ou por civis, por conta do bem jurídico penal-militar tutelado: a regularidade das instituições militares.<sup>19</sup>

Por outro lado, outra corrente, abalizada por *Mirabete*, conceitua que os crimes propriamente militares são tidos como delitos de Direito Penal especial, contudo, os crimes impropriamente militares, cometidos por militares ou por civis são tidos como delitos comuns, cuja competência de julgamento fora designada às Justiças Militares por *mens legislatoris*.<sup>20</sup>

### 3.3 OS DESTINATÁRIOS DO DIREITO PENAL MILITAR

No Código Penal Militar estão previsto diversos crimes militares praticáveis exclusivamente por civis, a exemplo dos artigos 172, 183, 184 e 185.

---

<sup>19</sup> Cícero R. C. Neves e Marcello Streifinger, Apontamentos de Direito Penal Militar, p. 22.

<sup>20</sup> Julio Fabbrini Mirabete, **Manual de Direito Penal**, vol. 1, p. 67.

Contudo, são os militares que normalmente constam como os destinatários. Os militares são classificados em dois grupos: as Forças Armadas, que visam proteger o Estado contra ameaças estrangeiras que possam ferir a soberania e a fundamental organização do Estado Nacional, como no caso de guerras, e a Força Policial, que tem por função o policiamento ostensivo e repressivo, em que a defesa da segurança pública é o objetivo da entidade. Embora os grupos lancem mão do uso da força para atingir suas finalidades precípuas e tenham a hierarquia e a obediência como preceitos das instituições, as Forças Armadas atuam em âmbito externo ou internacional, enquanto a Força Policial atua em âmbito interno ou nacional.

Neste diapasão, constata-se que os destinatários militares do Direito Penal Militar são os integrantes das Forças Armadas (Exército Brasileiro, Marinha de Guerra e Força Aérea Brasileira) e a Força Policial (Polícias Militares Estaduais – o Brasil, por ser uma República Federativa, possui para cada Estado federado uma Polícia Militar própria).

*Frederico Veras* assevera que: “os valores envolvidos na atuação destes grupos geram diferentes apreciações judiciais, especialmente quando julgados crimes propriamente militares”.<sup>21</sup>

### 3.4 A COMPETÊNCIA E OS ÓRGÃOS INTEGRANTES DA JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

No bojo da Carta Maior, em respeito ao pacto federativo - uma das cláusulas pétreas, fixou-se diferente competência para as duas esferas de Justiça Militar: a federal e a estadual.

Ora, a Constituição de 1988 designou à esfera federal o julgamento dos crimes militares definidos em lei, cuja competência está prevista em seu art. 124, enquanto à esfera estadual restringiu a jurisdição aos casos de crime militar praticados por policiais militares e bombeiros militares (art. 125, § 4º).

Assim, o civil que cometer crime de natureza militar fica sujeito à jurisdição castrense se ofender bem jurídico vinculado às Forças Armadas (Exército Brasileiro, Marinha de Guerra e Força Aérea Brasileira). Entretanto, se o

---

<sup>21</sup> Frederico Magno de Melo Veras, **Culpabilidade nos Crimes Propriamente Militares**, p. 42.

fizer em detrimento das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros, será julgado pela Justiça Estadual Comum (caso a infração tenha correspondente tipicidade na legislação penal comum) visto que a Justiça Militar Estadual não possui competência para o julgamento de civis.

Os artigos 122 a 125, §§ 1º a 5º da Constituição Federal definem a competência da Justiça Militar Brasileira, que possui como principais matizes:

I) A Justiça Militar da União (JMU) utiliza integralmente as disposições do Código Penal Militar (CPM) e do Código de Processo Penal Militar (CPPM), enquanto as justiças militares estaduais somente as aplicam parcialmente;

II) Os membros do Ministério Público Militar atuam junto aos órgãos da JMU, visto que o Ministério Público Militar é um dos ramos do Ministério Público da União, enquanto nas justiças militares estaduais ocorre a designação de membros do *parquet* estadual;

III) Os juízes-auditores da JMU (magistrados togados) são todos especializados no Direito Militar, enquanto os agora chamados juizes de direito do juízo militar (designação dada após a EC nº 45/04) podem ser especialmente recrutados por meio de concurso próprio ou fazer parte da justiça comum, sendo temporariamente designados para o juízo militar;

IV) O órgão de cúpula da JMU é o Superior Tribunal Militar (STM), mas o recurso das decisões deste cabe somente no Supremo Tribunal Federal, enquanto nas justiças militares dos estados pode existir um tribunal militar (art. 125, §3º) ou o recurso poderá ir para o tribunal de justiça, no caso de estados federados que não tenham a previsão de tribunal militar;

V) A JMU possui uma lei de organização judiciária própria, a qual possui alguns dispositivos de índole processual que, por se tratar de lei federal ordinária, se integram ao CPPM, enquanto as justiças militares estaduais são organizadas de acordo com as respectivas leis de organização judiciária estaduais, as quais, por não serem leis ordinárias federais, são hierarquicamente inferiores ao CPPM.

Por conta da Emenda Constitucional nº 45/04, as justiças militares estaduais tiveram a sua competência ampliada, pois além da tradicional competência penal para a apreciação de crimes militares cometidos por integrantes das Polícias Militares, passaram a ser competentes para o julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares (art. 125, §4º da CF).

À guisa do acima exposto, acredita-se que a JMU também terá sua competência ampliada exercendo, portanto, um controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

Além da competência criminal e da recém adquirida competência em âmbito cível, os tribunais militares também funcionam como uma espécie de tribunal administrativo, no que tange à perda de posto e da patente do oficial considerado indigno para o oficialato.

Os Conselhos de Justiça responsáveis pelo julgamento dos crimes militares, tanto na esfera federal quanto na esfera estadual, sempre serão compostos por quatro militares e um juiz-auditor, sendo que os votos têm o mesmo peso; porquanto o juiz-auditor seja o relator do processo, e sendo o seu voto condutor, é cristalino o peso dos votos dos militares para a formação da peremptória.

Cabe salientar que, enquanto os juízes da justiça federal ou estadual preocupam-se com os reflexos de seus veredictos no âmago da coletividade, o magistrado da justiça militar tem motivação diferente, porquanto está mais atento às repercussões de seus veredictos ante a sociedade militar.

### 3.5 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR

O ato de delimitar o campo de atuação de uma norma penal, de definir o alcance de seu texto, é interpretar uma lei.

As regras de interpretação e de integração da lei penal comum são recepcionadas no Direito Penal Militar, pois a solução de conflitos entre as leis é feita pela analogia, pelos princípios gerais do direito, pelos princípios que alicerçam o Direito Penal e pela interpretação teleológica.

O Direito Penal Militar tem suas normas interpretadas precipuamente de forma restritiva. Algumas normas devem ser interpretadas com mais flexibilidade, sem que haja deletério ao princípio da legalidade.

Em caso de haver, no futuro, um Direito Penal Militar extravagante, há no COM previsão, no art. 17, em que as regras gerais do CPM aplicar-se-ão a fatos incriminados por lei penal militar especial, se esta não dispuser de forma diversa.

Há, também, uma forma de interpretação própria do legislador, denominada interpretação autêntica. Ou seja, o legislador, que elaborou a norma, a interpreta nesta mesma lei, denominada modalidade de interpretação autêntica contextual ou, quando o legislador, que elaborou a norma, a interpreta em lei posterior, denominada modalidade de interpretação autêntica posterior.

#### 4 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MILITAR

*Celso A. Bandeira de Melo* conceitua que princípio é:

o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>22</sup>

A definição dada por *Diógenes Gasparini* para os princípios: “conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”.<sup>23</sup>

O professor *Diógenes* ainda distingue os princípios em:

1) onivalentes, isto é, os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não-contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; 2) plurivalentes, ou seja, os que valem para um grupo de ciências, a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito; 3) monovalentes, tais como os que valem só para uma ciência, a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito. Estes últimos podem ser: a) gerais, a exemplo dos que valem só para um ramo de uma dada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público (no embate entre o interesse público e o privado há de prevalecer o público), que só é aplicado ao Direito Público; b) específicos, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública é ininterrupta), só verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público”.<sup>24</sup>

O doutrinador administrativista definiu com esmero os princípios, que, apesar de utilizados por ele na seara do Direito Administrativo, ainda é de grande valia para a conceituação de princípio *lato sensu*.

Conforme apregoa *Cícero Robson Coimbra Neves* e *Marcelo Streifinger* com relação aos princípios abalizados do Direito Penal Militar:

<sup>22</sup> Celso Antônio Bandeira de Melo, **Curso de Direito Administrativo**, p. 902.

<sup>23</sup> Diógenes Gasparini, **Direito Administrativo**, p. 5.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Os princípios informadores do ramo estudado são proposições que alicerçam o sistema penal, garantindo-lhe validade, porquanto buscam a limitação de seu espectro de incidência, em plena concatenação com um Direito Penal moderno, alinhado com o Estado Social Democrático de Direito. São, pois, verdadeiras garantias a limitar o exercício do jus puniendi, razão pela qual seu estudo mostra-se essencial à compreensão contemporânea do Direito Penal como um todo.

Desta maneira, os princípios que limitam o direito de punir do Estado possuem respaldo na Constituição Federal, a suprema lei do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

*Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger* asseveram ser o princípio da legalidade, que é um princípio monovalente geral que inerente está ao Direito Público, no qual está inserido o Direito Penal, tratar-se de sinônimo do princípio da reserva legal.

Ressaltam os autores supra que há muitos operadores do Direito que acreditam estar o princípio da reserva legal contido no bojo do princípio da legalidade. Para outros, a reserva legal é um princípio maior, composto pela legalidade e pela anterioridade.<sup>25</sup>

*Bitencourt* afirma que “*princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma verdadeira limitação do poder punitivo estatal*”<sup>26</sup>, à guisa do que foi apregoado por *Feuerbach* no início do século XIX, pela fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Para *Bitencourt*, não há distinção entre a legalidade e a anterioridade, porquanto os princípios podem ser condensados no disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Cidadã, transcrito no art. 1º do CPM.

Contudo, *Luiz Luisi* observa que o princípio da legalidade, em vertente contemporânea, desdobra-se em três postulados: reserva legal, determinação taxativa e irretroatividade.<sup>27</sup>

Assim, o princípio da legalidade parece de mais fácil intelecção se for à luz do entendimento de *Luiz Luisi*, ou seja, tal princípio comanda a reserva legal. Abarca o fato de que só a lei pode comportar condutas puníveis em âmbito penal,

---

<sup>25</sup> Cícero Coimbra e Marcelo Streifinger, **Apontamentos de Direito Penal Militar**, p. 35.

<sup>26</sup> Cezar Roberto Bitencourt, v. 1, p. 10.

<sup>27</sup> Luiz Luisi, **Os princípios constitucionais penais**, p. 17-30.

lei aqui compreendida como vontade do legislador, representante legítimo do povo para descobrir os bens jurídico-penais a serem tutelados.

A aplicação importa, por outro prisma, a vedação do Poder Executivo ou do Poder Judiciário de se exercerem a mesma função de incriminar o réu, bem como se transforma em obstáculo para a utilização de outras fontes que não a lei (reserva absoluta), podendo exemplificar os costumes e a analogia, somente admitidos *in bonam partem*.

Todavia, a reserva legal atinge também as penas, muito embora a doutrina sinalize em sentido contrário.

A taxatividade, ou determinação taxativa, por conseguinte, exige uma técnica especial do legislador ao consagrar os tipos penais.

A técnica se evidencia pela construção de tipos abstratos dotados de clareza, certeza e precisão, evitando-se, pois, expressões e palavras vagas e ambíguas.

A irretroatividade é, sem dúvida, conforme ensinamentos de *Luiz Luisi*, complemento da reserva legal, visto que exige a atualidade da lei para que possa surtir consequências. Em suma, a lei penal, regra geral, pode alcançar tão só fatos a ela supervenientes.

Há exceções para a irretroatividade, são casos a retroação da *lex mitior* e a *abolitio criminis*.

*Francisco de Assis Toledo* aborda o princípio da legalidade desdobrando nas exigências de uma *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*.<sup>28</sup> A *lex stricta* e *lex certa* têm conexão com a taxatividade, sendo que a *lex praevia* encontra abrigo na irretroatividade e a *lex scripta* está inserida na reserva legal, sendo vedado o direito costumeiro.

Posto isso, é notável que a aplicabilidade do princípio da legalidade no Direito Penal Militar ocorre da mesma forma que no Direito Penal comum.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A legalidade está intimamente ligada ao *jus puniendi*, pois é o princípio limitador do exercício do poder de punir do Estado. Contudo, ainda ocorrem as

---

<sup>28</sup> Francisco de Assis Toledo, p. 22.



incidências de cominações penais absurdas e desnecessárias, tendo a legalidade como alicerce.

Desta maneira, faz-se necessário adoção de outro princípio norteador do exercício do poder de punir, sendo este o princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima não possui expressa previsão constitucional, mas incorre da inviolabilidade da liberdade, disposta no *caput* do art. 5º da Magna Carta, e do respeito à dignidade da pessoa humana, consignado como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do art. 1º da Carta Maior.

O princípio da intervenção mínima é monovalente, mas de aplicação limitada em âmbito do Direito Penal, com matiz bipartido, permite-se asseverar que o Direito Penal é fragmentário e subsidiário aos demais ramos do Direito.

Diante de tal fato, vê-se que a intervenção penal é por demais gravosa e somente deve ser efetivada, precipuamente, para a contemplação de bens jurídicos de notável relevância, o conceito de fragmentariedade e quando não houver mais ferramentas jurídicas de controle social, utiliza-se o conceito da subsidiariedade.

Em alusão à fragmentariedade, *Binding*<sup>29</sup> assevera que o Direito Penal: “não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica”.

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, pois só estão sob seu manto os bens que possuem dignidade penal, os que atendam ao critério do merecimento de pena.

Na discussão do merecimento da pena que alguns bens jurídicos podem demandar, *Alberto Zacharias Toron* apregoa que “o princípio da intervenção mínima tem seu núcleo a partir da verificação do grau que o binômio subsidiariedade / fragmentariedade assume”<sup>30</sup>.

*Toron* afirma que há ligação íntima do princípio da intervenção mínima com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual somente bens de suma importância merecem a atenção do legislador penal. No bojo da exclusiva proteção aos bens jurídicos, verifica que a atividade do legislador deve

---

<sup>29</sup> Cf. Luiz Luisi, **Os princípios constitucionais penais**, Op. cit., p. 40.

<sup>30</sup> Cf. Alice Bianchini. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, Op.cit., p. 29.

ser pautada pelos princípios do pluralismo e da subcultura, para que haja respeito à coexistência democrática de todos os grupos sociais; da liberdade e da tolerância, para que seja preservada a liberdade individual; e da não-proteção de valores morais, que se apressa a evitar que os chamados “desvios de conduta” sejam criminalizados, porquanto não são tidos como o comportamento da maioria da sociedade, visto que há paradigmas arraigados no meio social.

O simples merecimento de pena, restringido à exclusiva proteção de bens jurídicos, não basta para que se oriente a atividade legislativa no afã de criminalizar condutas. Assim, faz-se necessária a intervenção penal, que a sanção penal seja a ferramenta eficaz para a tutela do bem jurídico com dignidade penal. A fragmentariedade entra em congruência com a subsidiariedade, porquanto reconhecem a ineficácia de outras ferramentas.

O princípio da intervenção mínima complementa o caráter subsidiário do Direito Penal, visto que apenas a intervenção penal é eficaz na proteção de determinados bens jurídicos. Há necessidade de tutela penal tanto na subsidiariedade quanto na fragmentariedade.

Entretanto, *Cezar Roberto Bitencourt* afirma que a subsidiariedade é a manifestação do princípio da intervenção mínima e a fragmentariedade é princípio autônomo, como consectário da intervenção mínima e da legalidade.

Para *Alice Bianchini*, a necessidade da tutela penal é relegada a segundo plano no processo de criminalização de condutas, pois está contida no princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão, conclui-se que a intervenção mínima é o princípio limitador do *jus puniendi*, o qual irrompe no processo de criminalização.

No âmbito do Direito Penal Militar, deve-se levar em conta: o bem jurídico penal-militar da regularidade das instituições militares, segundo o escopo previsto na Constituição Federal; as teorias constitucionais, bem como a dignidade dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal.

Contudo, a aplicabilidade do princípio em voga é divergente no Direito Castrense, posto que, considerando-se o princípio da não-proteção de valores morais. Através deste, é considerado inconstitucional a criminalização de condutas que ofendam aos valores morais que não denotem risco ao convívio social salutar. Sob tal óptica, a criminalização do homossexualismo seria impraticável, colocando em xeque a constitucionalidade do art. 235 do CPM.

Ora, a *mens legislatoris* tem como escopo coibir a promiscuidade no interior dos quartéis, pois há a criminalização de quaisquer atos sexuais em tais estabelecimentos militares, visto que é deletério à disciplina da comunidade militar. Assim, não há a tutela de um valor moral, mas sim a tutela de um bem jurídico: a disciplina.

Assim, os agentes públicos que aplicam o Direito Penal Militar – o membro do *Parquet* e o magistrado devem ter cuidado para a aplicação destemperada da intervenção mínima, para que não se exceda o propósito sancionatório e invada a competência do legislador. Amiúde, a decisão prolatada pelo juiz deve ter considerada a finalidade da pena no Direito Penal Militar.

Por derradeiro, o operador do Direito deverá, no momento da aplicação da lei penal militar, atentar para que a vontade dos agentes a serviço do Estado não confrontem com os preceitos basilares da sociedade. Ou seja, ponderar os valores a serem protegidos pelo Direito Penal Militar; estes devem ser postos na balança com os valores relevantes na sociedade.

#### 4.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, aplicado no Direito Penal, deriva-se do princípio da intervenção mínima, porém é orgânico à tipicidade, objeto relevante para o aplicador da lei penal.

A inteligência do referido princípio faz crer que nem toda a conduta resulta lesividade necessária para merecer sanção penal, tendo em vista a máxima: *nullum crimen sine iniuria*, em que não há crime sem que haja dano ao bem jurídico, digno de reprovação.

O princípio da insignificância respalda-se no bem juridicamente tutelado, não possui direta relação com a dignidade do bem, haja vista que o legislador aprecia a dignidade do bem somente no tocante à extensão do dano provocado pela conduta ao bem jurídico.

Cumprе ressaltar que a interpretação de tal princípio deve ser feita com cautela, pois não se trata de inteligência *Ipsis Literis*, porquanto o caso em concreto deve ser analisado com parcimônia para que não se afaste a punibilidade sem que haja justo motivo.

O crime é relevado quando a conduta descrita hipoteticamente não é dotada de lesividade. Ou seja, não há tipicidade, a conduta não requer uma reprimenda criminal por não alcançar lesividade, sendo caracterizada como atípica.

À luz do princípio da ofensividade, tem-se que esta possui elo com o bem jurídico-penal, ou seja, a conceituação de conduta lesiva que seja suficientemente grave para ser criminalizada pelo legislador penal. *Alice Bianchini* defende com propriedade a insignificância da lesão, sob a óptica do princípio da ofensividade e tendo em vista a atividade criminalizadora. Assim, se a lei tiver em seu bojo hipóteses que contenham comportamentos lesivos ou perigosos para o bem jurídico a proteger, fica o intérprete da lei responsável por assegurar os direitos fundamentais do cidadão, estipulando que a repressão penal atinja os limites do princípio da ofensividade. Neste diapasão, o princípio da ofensividade traduz-se como um instrumento que delimita a atuação do *jus puniendi*.<sup>31</sup>

Posto isso, tem-se a seguinte questão: O princípio da insignificância pode instruir o Direito Penal Militar?

Se partirmos do pressuposto de que o princípio em voga não instrui o Direito Penal Militar, utilizar-se-á de mecanismos draconianos para a solução de crimes de bagatela.

Caso haja a recepção do referido princípio, verificar-se-á que o intérprete da lei investe-se de uma função atípica, que é a função de legislar. Ainda, preservação da regularidade das instituições militares estaria prejudicada.

Todavia, o princípio da insignificância deve ser aplicado em casos concretos com parcimônia, tendo o agente aplicador – o juiz – o caráter discricionário para a intelecção do crime de bagatela.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da Culpabilidade é monovalente, de importância precípua, de aplicação no Direito Público e sem previsão explícita na Constituição Federal.<sup>32</sup> A matiz do referido princípio é constitucional, porquanto se aplica ao Direito Penal e ao Direito Administrativo sancionador. *Fábio Medina Osório* assevera que o legislador já arrolou casos em que se deve perceber a insignificância da lesão ao

---

<sup>31</sup> Alice Bianchini. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, p. 55.

<sup>32</sup> O princípio da culpabilidade pode ser aludido nos incisos XVII e XLVI do art. 5º da CF.

bem jurídico quando concede ao juiz o poder de desclassificar o crime militar para a transgressão disciplinar nos casos de lesão de caráter leve, de alguns dos crimes culposos contra o patrimônio, em que o autor não usa coerção ou ameaça, como nos casos de furto, apropriação indébita, receptação, dentre outros.<sup>33</sup>

Para *Bitencourt*, a culpabilidade possui três acepções em Direito Penal. Neste diapasão, tem-se que:

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

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

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio da culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado com dolo ou culpa.<sup>34</sup>

Em suma, o princípio da culpabilidade pode ser conceituado da seguinte maneira: não há pena sem culpabilidade.

A culpabilidade, apresentada em três acepções, possui o intuito de obstar a responsabilidade penal objetiva, sendo desdobrada em princípio abalizador do Direito Penal com a máxima: *nullum crimen sine culpa*.

A culpabilidade é o âmago de um crime, e esta pode ser um fator de aferição e determinação da reprimenda penal, visto que restringe a pena ao critério razoável para a punição pelo delito.<sup>35</sup>

O princípio da culpabilidade é uma vedação à responsabilidade penal objetiva, pois funciona como limitador desta, haja vista que, no princípio da culpabilidade, ninguém pode sofrer reprimenda penal se não houver atuado com culpa.

---

<sup>33</sup> Fábio Medina Osório, **Direito administrativo sancionador**, p. 314-5.

<sup>34</sup> Cezar Roberto Bitencourt, **Tratado de Direito Penal**, v. 1, p. 15-16.

<sup>35</sup> O art. 69 do CPM é o exemplo típico de que o princípio da culpabilidade é relativo.

A exegese do princípio da culpabilidade também faz ligação com o estudo do fato típico, pois é conveniente a análise da conduta típica provida de dolo ou culpa para que possa acarretar na responsabilidade penal.

#### 4.5 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade é orgânico ao preceito republicano da dignidade da pessoa humana, posto que é de aplicação ao Direito Público em sua totalidade, haja vista que o Direito não pode preterir os direitos fundamentais da pessoa humana; deve, sempre que possível, resguardar tais direitos.

Tendo um respaldo histórico dado pelo Iluminismo, referido princípio visa proteger a liberdade do homem limitando, assim, o *jus puniendi* exercido pelo Estado.

O princípio é o divisor de águas para a inflicção das penas por parte do Estado. É o limitador da pena capital, da prisão perpétua e torturas, impingindo imolação à integridade física e mental do acusado.

Recentemente, na história da disciplina militar, a mutilação ou outras formas de imolação do acusado eram utilizadas. No fim do século XIX e início do século XX, os castigos corporais eram utilizados no âmago das instituições militares. É sabido que o princípio em tela, somando-se ao inconformismo dos submetidos às sanções, foram os fatores que levaram a dirimir tais castigos impostos. O episódio histórico “Revolta da Chibata”, movimento ocorrido em 23 e 24 de novembro de 1910, por *João Cândido*, marinheiro negro que liderou uma rebelião, a bordo dos principais navios de guerra brasileiros, reivindicando melhores soldos e abolição dos castigos corporais impingidos aos militares, ilustra muito bem de que maneira ocorreu a extinção dos castigos corporais nas entidades militares.

Aduz *Cezar Roberto Bitencourt*: “não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica”.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Cezar Roberto Bitencourt, **Tratado de Direito Penal**, v. 1, p. 15-16.

O sistema penal utiliza-se das penas cominadas aos agentes infratores, como sendo um mal inevitável; todavia, é necessário prevenir contra os excessos, para que não se resultem lesões desnecessárias ao infrator.

Contudo, o Direito Penal Militar abarca uma exceção com relação à aplicação de pena capital em caso de guerra. O princípio da humanidade não é observado e o direito à vida é relativizado, podendo ser ceifado quando há um estado de beligerância.

A dignidade da pessoa humana é o alicerce, a pedra basilar para que haja a permanência de um Estado Democrático de Direito. Na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é cláusula pétrea, todavia, o direito à vida é mitigado no caso de guerra declarada.

## 5 FONTES DO DIREITO PENAL MILITAR

A fonte primária do Direito Penal Militar é a lei que, em conformidade com o disposto no inciso I do art. 22 da CF, será de caráter ordinário, sendo competência da União que se legisle sobre a matéria pertinente.

Com relação ao Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar, através da teoria da recepção, o citado diploma legal foi recepcionado com a força de lei ordinária, visto que não contrariava os preceitos da Carta Constitucional de 1988.

Conforme ensina *Mirabete*, as fontes secundárias do Direito Penal comum são os costumes e os princípios gerais do Direito, expressamente contemplados na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º).<sup>37</sup> O Direito Penal Militar, com origens no Direito Penal, por sua vez utiliza-se dos costumes, dos princípios gerais do Direito e princípios do Direito Militar, bem como da jurisprudência como fontes das leis.

Os princípios do Direito Penal Militar são os da legalidade, da intervenção mínima, da insignificância, da culpabilidade e da humanidade, vistos no capítulo anterior.

Os princípios do *in dubio pro reo* e do devido processo legal, arraigados no Direito Penal comum e previstos na Lei Maior; sendo que este

---

<sup>37</sup> Julio Fabbrini Mirabete, **Manual de Direito Penal**, vol. I, p. 46.

último é adaptado ao Direito Penal Militar por conta de suas especificidades – nos casos de infrações penais praticadas por militares, inicialmente é instaurado um procedimento administrativo disciplinar antes da instauração do processo-crime militar. Assim, verificamos que na fase administrativo-disciplinar são colhidas as provas, mas não há o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, princípios indispensáveis no processo-crime militar.

O costume é a prática reiterada de comportamento de caráter generalista, que obtém consentimento do convencimento jurídico da sua relevância.

A jurisprudência é a decisão reiterada nos pretórios, entendimento abalizado pelos magistrados militares.

Os costumes e a jurisprudência podem levar o dispositivo legal a cair em desuso, todavia não significa a revogação da norma penal, pois esta somente será revogada por outra lei (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

## **6 A NATUREZA JURÍDICA DA INFRAÇÃO PENAL MILITAR E SUA DIFERENCIAÇÃO DO CRIME COMUM**

O ordenamento penal brasileiro, a exemplo da Itália e da Alemanha, adotou o critério *ratione legis* para a definição do crime militar. Desta maneira, são crimes militares aqueles enumerados pela lei. O critério, adotado desde a Constituição de 1946, foi agraciado na Constituição Federal de 1988, através dos artigos 124 e 125, § 4º.

A legislação vigente atribui relevantes efeitos jurídicos a uma subespécie, uma categoria do crime militar, qual seja, o crime militar próprio ou propriamente militar.

Cumprе ressaltar que a relevância do estudo, em primeiro lugar, surge de uma imposição atual relativa mais ao Direito Processual Penal Militar e ao Direito Constitucional que propriamente ao Direito Penal substantivo. Em suma, sempre há a possibilidade de restrição da competência da Justiça Militar. Há uma corrente que sustenta que somente os crimes propriamente militares deveriam ser julgados pela Justiça Castrense.

Por outro lado, há uma corrente em favor de um alargamento da competência. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, é a



materialização dessa vertente, porquanto não só manteve, no âmbito estadual, a competência para julgar os crimes acidentalmente militares como ampliou sua competência para apreciar ações impetradas contra atos disciplinares, próprios das instituições militares.<sup>38</sup>

Ainda na seara processual e constitucional, cumpre ressaltar que alguns afirmam a recepção em parte do art. 18 do CPPM pela ordem constitucional vigente, notadamente por seu art. 5º, LXI.

Neste diapasão, a detenção própria do encarregado do inquérito policial militar somente seria cabível nos crimes militares próprios, segundo inteligência do aludido dispositivo constitucional.

Por derradeiro, trazemos à baila a questão da reincidência no momento da condenação por crime comum. Impõe o art. 64, II do CP que os crimes militares próprios não sejam considerados, para efeito de reincidência, no crime comum.

Denota-se, pelos exemplos acima que, embora a lei tenha negligenciado em separar os crimes propriamente militares dos impropriamente militares, faz-se necessária a promoção, por parte da doutrina, de uma exegese sobre o assunto. Ao definirmos os crimes propriamente militares, teremos os denominados crimes impropriamente militares.

Para distinção dos crimes propriamente militares dos crimes impropriamente militares, dever-se-á buscar seus elementos no Direito Romano, pedra basilar da teoria clássica apregoada por *Célio Lobão*<sup>39</sup> e *Jorge César de Assis*<sup>40</sup>, crimes propriamente militares seriam os que só poderiam ser cometidos por militares, pois consistem em violação dos deveres que lhes são próprios.

Trata-se do crime funcional praticável somente pelo militar. Temos como exemplo a deserção prevista no art. 187, a cobardia prevista no art. 363 e o dormir em serviço previsto no art. 203, dentre outros.

Em contrapeso, os crimes comuns, em sua natureza, praticáveis por qualquer pessoa, seja civil ou militar, são denominados impropriamente militares. Podemos citar o homicídio de um militar praticado por outro militar, ambos em

---

<sup>38</sup> Vide a atual redação do § 4º do art. 125 da CF.

<sup>39</sup> Célio Lobão, **Direito Penal Militar**, p. 39

<sup>40</sup> Jorge César de Assis, **Comentários ao Código Penal Militar: parte geral**, p. 39.

situação de atividade (art. 9º, II, a, c/c o art. 205), ou a violência contra a sentinela (art. 158).

A exceção a esta doutrina ocorre somente no crime de insubmissão, previsto no art. 183, considerado o único crime propriamente militar que somente o civil pode cometer.

Todavia, apesar do crime ser praticado por um civil, a incorporação da qualidade de militar ao faltoso é condição de punibilidade ou de procedibilidade, nos termos do art. 464, § 2º do CPPM. Desta maneira, antes de adquirir a qualidade de militar, com sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso.

A exceção à teoria clássica insurgiu a teoria de *Jorge Romeiro*, que apregoa ser o crime propriamente militar aquele cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar.<sup>41</sup>

Segundo a óptica da doutrina penal comum, quando se trata de reincidência, os crimes propriamente militares têm definição diversa da lei penal comum, ou nela não se encontram.

*Celso Delmanto* afirma que os crimes militares próprios são os delitos que estão definidos apenas no Código Penal Militar e não, também, na legislação penal comum.<sup>42</sup>

*Fernando Capez* assevera que os crimes propriamente militares são aqueles definidos como crimes apenas no Código Penal Militar.<sup>43</sup>

Então, os crimes previstos no inciso I do art. 9º do CPM são os crimes militares próprios enquanto os impropriamente militares são os abrangidos pelo inciso II do referido artigo.

## 6.1 O CRIME PROPRIAMENTE MILITAR E O ESTRITAMENTE MILITAR

O conceito romano do crime propriamente militar: “*proprium militare est delictum, quod quis uti miles admitit.*” Ou seja, o delito está organicamente atrelado à própria função do militar, atinente ao serviço, à disciplina, à

---

<sup>41</sup> Jorge Alberto Romeiro, **Curso de Direito Penal Militar: parte geral**, p. 73.

<sup>42</sup> Celso Delmanto, **Código Penal comentado**, p. 128.

<sup>43</sup> Fernando Capez, **Curso de Direito Penal**, p. 421.

administração e à economia militar, sendo necessário para sua prática que o agente seja o militar.

O conceito do crime impropriamente militar também tem origem em Roma, que consiste em crime praticado por militar que “*não afeta diretamente o dever, a disciplina ou a obediência militar*”<sup>44</sup>. A categoria de infrações penais que era equivalente a outros previstos no ordenamento penal comum, os quais não são puníveis pelo pretório militar, praticáveis por qualquer cidadão.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, existe a previsão da prática por civis de crimes impropriamente militares.

O entendimento contemporâneo para a diferenciação entre o crime militar próprio e o crime militar impróprio seria no sentido de que o crime próprio somente tem como agente o militar, pois é atinente a condutas delitivas somente imputáveis ao agente que detenha a qualidade de militar.

No que tange aos crimes impropriamente militares, faz-se necessário abranger tal definição, compreendendo nesta o delito praticado por civil ou militar que possam trazer deletérios ao funcionamento e eficiência das instituições militares. Desta maneira, podem ocorrer três casos:

- I) o crime pode ser cometido por civil ou militar, indiferente o agente;
- II) o crime somente poderá ser praticado por civis, porquanto há expressa disposição do tipo penal;
- III) o crime é praticado por militar, mas possui idêntica definição na legislação penal, no âmbito dos crimes beligerantes ou crimes de homicídio.

Com relação à última hipótese, ocorre quando a legislação penal comum e a castrense possui como tópicos divergentes somente as circunstâncias em que eram praticadas as infrações penais (contra o patrimônio sob administração militar ou dentro de lugar sob a administração militar) ou o rigor da pena.

No Brasil, o julgamento de civis por crimes impropriamente militares necessita de uma justificativa jurídica com relação à competência ser atribuída a órgão julgador que conta com a participação de juizes militares. No caso dos crimes propriamente militares, a participação dos juizes militares ocorre por questões de cunho ético-jurídico, por conta dos critérios valorativos próprios dos

---

<sup>44</sup> Esmeraldino Bandeira, **Direito, Justiça e Processo Militar**, 1º vol., p. 27.

integrantes das carreiras militares. No que diz respeito aos crimes impropriamente militares, tais critérios valorativos já não podem ser considerados.

Define-se o crime estritamente militar como o fato hipotético que lesa os interesses militares da defesa nacional, bem como os correlatos que as legislações ordinária e extravagante preveem cometidos pelos agentes integrantes das instituições militares.

Em síntese, os crimes propriamente militares são uma subdivisão dos crimes estritamente militares, sendo que os últimos contêm uma visão ampla, abarcando os crimes estritamente militares comuns ou crimes previstos com idêntica definição nas leis penais comuns, contudo infringidos em desfavor da funcionalidade das instituições militares.

## **7 CONCLUSÃO**

Após os trabalhos de pesquisa permeados neste breve estudo, chegamos a algumas constatações importantes, a seguir enumeradas para facilitar a inteligência e a consulta do leitor:

1) A origem do Direito Penal Militar remonta de tempos imemoráveis; entretanto, encontramos sua sistematização como o antecessor do Direito Castrense hodierno na Roma Clássica;

2) As fontes, os princípios, os conceitos dos institutos resguardados pelo Direito Penal Militar são os alicerces deste;

3) A definição dos destinatários e a competência da Justiça Militar delimitam o alcance do Direito Penal Militar;

4) O Direito Penal Militar visa à defesa da regularidade, da hierarquia e da disciplina das instituições militares;

5) O Direito Penal Militar é um ramo autônomo do Direito porque tem suma importância na manutenção do pleno funcionamento das instituições militares nacionais, sejam elas federais ou estaduais, as quais incorporam a árdua missão de garantir a soberania nacional e a preservação da ordem pública, respectivamente, com a finalidade precípua de assegurar o Estado Democrático de Direito, como supedâneo para a perpetuidade e eterna evolução da nação brasileira.

Por derradeiro, temos que o crime propriamente militar e o estritamente militar, a exceção do delito de insubmissão, só podem ter como agentes os militares, por serem crimes próprios e, desta feita, distinguem-se dos crimes comuns por conta do agente infrator e porque os crimes militares são aqueles previstos no Código Castrense e não dispostos na Legislação Penal Ordinária.

## THE LEGAL NATURE OF MILITARY CRIME

### ABSTRACT

This review article summarizes, analyzes and discusses the *Lato Sensu* Post Graduation monographic work in level of expertise in military law, called **Reflections on the legal nature of the military criminal offense**: conceptualization, recipients and their distinction from common crime, written by the same author of this article, Marcelo Hsiao.

Keywords: law, Military Criminal Law, Military crime, Military Justice.

### REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Tópicos – dos Argumentos Sofísticos*, São Paulo, Ed. Abril, 1983. Trad. L. Vallandro e G. Borheim.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. Ed. Juruá, Curitiba, 2005.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, justiça e processo militar*. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1919.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo, 2005.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. Malheiros, São Paulo, 2000.

BOBBIO, Norberto, *A Teoria das Formas de Governo*, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1980. Trad. Sérgio Bath.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. Forense, Rio de Janeiro, 1982.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília Jurídica, Brasília, 2001.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*, Atlas, São Paulo, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Martins Fontes, São Paulo, 2001. Trad. Maria Júlia Goldwasser.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – vol. 1*. Atlas, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Interpretado*. Atlas, São Paulo, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. Saraiva, São Paulo, 2005.

PLATÃO; *A República*. Martin Claret, São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio, *Manual da Monografia Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 2002.

ROTH, Ronaldo João; *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto, *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*, Saraiva, São Paulo, 1994.

SANTOS, Hélio Tenório dos; *A ordem unida na evolução da doutrina militar. da antigüidade a atualidade*. s.e., São Paulo, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos do Direito Penal*. Saraiva, São Paulo, 1994.

VERAS, Frederico Magno de Melo; *Culpabilidade nos Crimes Propriamente Militares*. Universitária de Direito, São Paulo, 2007.