

CRIME PROPRIAMENTE MILITAR

JORGE ALBERTO ROMEIRO

A vigente Constituição Federal de 1988 exumou em nosso Direito positivo a expressão *crime propriamente militar*, dispondo no inciso LXI do seu artigo 5º 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."

Anteriormente, só o Decreto-Legislativo nº 3.351, de 3 de outubro de 1917 usou, em nosso *ius positum*, a expressão "delitos *propriamente militares*", referindo-se aos crimes que as leis da época e que lhe foram posteriores, todas já há muito revogadas, denominavam *crimes puramente militares* (1).

Rezava o art. 1º do citado Decreto-Legislativo:

"Os delitos *propriamente militares*, quando praticados por oficiais ou praças das polícias militarizadas da União e dos Estados, serão punidos com as penas cominadas na lei militar."

A nova Parte Geral do Código Penal comum (Lei nº 7.209, de 11.07.1984) denominou os *crimes pura* ou *propriamente militares* de *crimes militares próprios* em seu art. 64, II, *verbis*: "Para efeito de reincidência: ... não se consideram os crimes *militares próprios* e políticos"; e o inciso III do art. 614 do Código de Processo Penal Militar, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.544, de 30.06.78, se refere a militar "punido por *crime próprio*."

Que vem a ser, afinal, crime propriamente militar ou crime militar próprio, que leis já há muito revogadas denominavam crime puramente militar, no dizer de Esmeraldino Bandeira (2) "ponto não só muito discutido senão muito *confundido* por legisladores e juristas"?

Nossa legislação nunca o definiu. Nessa matéria reverenciaram os legisladores pátrios ao princípio *lex imperat non docet*.

Vamos, portanto, buscar o conceito de crime propriamente militar no terreno da doutrina, onde até agora só tem sido construído em nosso direito.

Segundo a mais antiga doutrina, clássica, baseada no direito romano,

crime propriamente militar é o que alguém comete na qualidade de militar: *proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit* (D., 49, 16.2). É o crime funcional do militar, consistente na infração dos deveres que lhe são próprios: *quod aliter quam disciplina communis exigit committitur, veluti segnitiae crimen, vel contumaciae vel desidiae* (D., 49, 16.6).

É assim o crime que só por militar pode ser praticado, por dizer respeito a seu ofício, como os crimes previstos pelo Código Penal Militar, de deserção (art. 187), de cobardia (art. 363), de dormir em serviço (art. 203), etc. Em contraposição aos crimes propriamente militares são denominados *crimes accidental ou impropriamente militares* os crimes comuns em sua essência, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar), mas que, quando praticados por militares em certas condições de tempo, de lugar e de pessoas, a lei considera crimes militares. São exemplos desses crimes o homicídio de um militar em situação de atividade por outro militar na mesma situação (arts. 9º, II, "a" e 205, combinados, do CPM), o furto em quartel praticado por militar em situação de atividade (arts. 9º, II, "b" e 240, combinados, do CPM), etc. (3).

Crimes accidental ou impropriamente militares seriam ainda todos os crimes praticados por civis que a lei define como militares, por exemplo, o crime de violência contra sentinela (arts. 9º, III, "c" e 158, combinados, do CPM) (4).

As expressões *crimes accidental ou impropriamente militares* são doutrinárias, não figurando em nossa legislação.

Adeptos da doutrina exposta incluem, como exceção, entre os crimes propriamente militares o crime de insubmissão, único crime militar que só o civil pode praticar, o que está assim definido no art. 183 do CPM: "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."

Argumenta-se em favor dessa exceção que, além de consistir a insubmissão numa evidente infração de dever exclusivamente militar, exige como condição de punibilidade ou de procedibilidade a qualidade militar do agente.

Na verdade, de acordo com o Código de Processo Penal Militar "o insubmisso que se apresentar ou for capturado terá o direito ao quartel por menagem e será submetido a inspeção de saúde. Se incapaz, ficará isento do processo e da inclusão" nas Forças Armadas. Julgado capaz, o Ministério Público só poderá oferecer denúncia contra ele cientificado de sua inclusão, através de cópia do ato da mesma, junta aos autos (art. 464 e seu § 2º do CPPM). Antes de adquirir a qualidade de militar, com a sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso.

Discordando desse entendimento, há mais de meio século, escrevia Chrysolito de Gusmão (5): "Não concordamos com Clemenceau Klotz, Pois-

son e Sarrien quando incluem a insubmissão como delito especificamente militar. O insubmisso ainda não pertence à fileira, ainda não é um elemento integrante desse organismo militar e, pois, se não compreende como possa praticar um crime especificamente militar. O seu crime é contra a nação, não se sujeitando ao dever de cidadão, não prestando a sua quota-parte na dívida de sangue; o insubmisso não entrou em contato, não respirou essa atmosfera específica de deveres e de obrigações, que formam o meio militar, e, sem tal acontecer, é desumano e cruel pretender que ele já seja um adaptado a esse ambiente que lhe é ainda desconhecido, a um conjunto de princípios e regras que lhe são estranhas. Como bem diz Mirman: ele (o insubmisso) pode, por uma ficção administrativa, ser considerado como soldado, ele não o é, em realidade."

De lá para cá, os tempos e as leis mudaram. Atualmente "desumano e cruel" seria não considerar a insubmissão como crime propriamente militar. O insubmisso não se beneficiaria, como o desertor e o cobarde, com a exclusão da reincidência com os crimes comuns, prevista pelo art. 64, II, do Código Penal comum. Nem se argumente que, por outro lado, seria ele prejudicado pelo disposto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Sua prisão independentemente de "ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente" não decorreria da conceituação de seu crime como propriamente militar, mas do Código de Processo Penal Militar, por tratar-se de infração permanente, que permite, durante toda sua duração a prisão em flagrante delito (arts. 243 e 244, parágrafo único).

Uma outra doutrina considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar sem correspondentes na lei penal comum (6). É a doutrina que, aperfeiçoada por Divico (7), estruturou o art. 37 do Código Penal Militar de Paz italiano de 1941, *verbis*: "É crime exclusivamente militar o caracterizado por um fato que, nos seus elementos materiais constitutivos, não é, totalmente ou em parte, previsto como crime pela lei penal comum."

Não exigindo essa doutrina, no Brasil, para a caracterização do crime propriamente militar, a qualidade militar de agente, entraria nessa categoria de crime o de insubmissão, sem a necessidade do artifício processual arquitetado por adeptos da doutrina clássica, e o crime de ingresso clandestino (art. 302 do CPM) praticado por civil, uma vez que os elementos materiais constitutivos de ambos não são, totalmente ou em parte, previstos como crime no Código Penal comum.

Por influência dos comentários de Silvio Martins Teixeira ao Código Penal Militar de 1944, do qual foi destacado artífice, sustentou-se que seu art. 6º teria se referido no inciso I aos crimes propriamente militares, e no inciso

II aos crimes impropriamente militares, às "circunstâncias em que crimes previstos pelo Código Penal comum passa(riam) a ser considerados militares, tendo em vista a pessoa do agente ou da vítima, o local do delito, a ocasião em que foi ele perpetrado" (8).

Esse artigo 6º foi reproduzido *ipsis litteris* pelo art. 9º do vigente Código Penal Militar: "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 (seriam os *crimes propriamente militares*); II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados, etc. (*crimes impropriamente militares*).

De acordo com esse entendimento chegamos mesmo a nos pronunciar em conferência proferida no Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul a 09.05.86, publicada em algumas revistas técnicas. Mas refletindo melhor sobre o assunto, mudamos de opinião.

Perfeitamente enquadrável no inciso I do art. 9º do Código Penal Militar, o crime, v.g. do furto de uso (inexistente no Código Penal comum) de uma viatura militar por um civil (art. 241, parágrafo único, do CPM) configuraria crime propriamente militar, segundo o entendimento ora reconsiderado, aberrando evidentemente do pretendido pelos arts. 5º, LXI, da Constituição Federal e 64, II, do Código Penal comum.

Os efeitos que esses dois mandamentos legais atribuem ao crime propriamente militar: – não reincidência com os crimes comuns e equiparação com a transgressão militar, a fim de ser dispensada ordem judicial para a prisão de seu autor: – impõem, a nosso ver, a escolha da teoria clássica como a mais adequada para conceituá-lo, em nosso direito.

Seria o crime que não poderia ter por autor senão um militar, tal como a transgressão militar, à qual foi equiparado na Constituição, a fim de ser dispensada ordem judicial para a prisão do agente por se tratar de prisão de caráter disciplinar, pois o crime propriamente militar não iria além de uma transgressão militar em grau mais elevado.

Segundo afirmação feliz de Luiz Carpenter (9), "os crimes propriamente militares não são delitos militares, são contravenções à disciplina militar."

Infrações específicas, puras, funcionais ou de serviço (*malum quia vetitum*), os crimes propriamente militares se extremariam bem, ainda por esse motivo, do crime ao alcance de qualquer cidadão, do crime natural, comum (*malum quia malum*), não ensejando com este a reincidência.

Considerando que o crime de insubmissão é incluído entre os crimes propriamente militares pelos adeptos da teoria clássica, como vimos acima, por só caber ação penal contra o insubmisso quando adquire ele a condição de

militar, poderíamos, já que estamos no terreno da doutrina, formular aqui uma nova teoria para conceituar os crimes propriamente militares, com base no direito de ação penal.

Crime propriamente militar seria aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar.

Essa fórmula abrangeria não só os crimes de insubmissão, mas todos os crimes contemplados pela doutrina clássica e também os que, pelo Código Penal Militar, podem ser praticados por civis e militares, mas a jurisprudência só permite ação penal contra o agente militar, como o crime de dano culposo (art. 266 do CPM) pelo fato de não ser previsto também no Código Penal comum (Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nos HC 67579-4-RJ, da 2ª turma, por maioria, e 68686-9-DF, do plenário, unânime, publicados, respectivamente, nos Diários da Justiça da União, de 19.04.91, pág. 4582, e de 22.11.91, pág. 16847).

Adotada a doutrina formulada por Divico, o crime de dano culposo (art. 266 do CPM) não seria propriamente militar, pois o dano, seu elemento material constitutivo, é previsto como crime pelo Código Penal comum (art. 163).

A jurisprudência dos nossos Tribunais, entretanto, fazendo a exegese dos arts. 5º, LXI, da Constituição e 64, II, do Código Penal comum, é que vai precisar o que seja crime propriamente militar. As decisões existentes sobre a matéria, além de datarem de mais de meio século, não enfrentaram os efeitos jurídicos atuais do crime propriamente militar, no que pertence à não reincidência com os crimes comuns e a prisão sem ordem judicial.

Os crimes propriamente militares, só definidos nas leis militares, por violarem deveres exclusivamente militares, turbando a organização das Forças Armadas, têm a mesma finalidade delas, que é a segurança do Estado a que pertencem e defendem, fim indiscutivelmente de natureza política. Por esse motivo, assemelham-se, como no caso da reincidência (art. 64, II, do Código Penal comum), aos crimes políticos, que não ofendem os direitos naturais do homem, não lesam um interesse geral da humanidade, como fazem os crimes comuns, mas o particular de determinado Estado (10). Daí, igualmente aos crimes políticos, não serem passíveis de extradição em direito penal internacional, por não considerados crimes *ius gentium* (11).

A Lei nº 6.815, de 19.08.80, que "define a situação do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Emigração e dá outras providências", divergindo de leis anteriores (Lei nº 2.416, de 1911, art. 2º, V, "a"; e Decreto-Lei nº 394, de 1938, art. 2º, VII, "a"), não excluiu expressamente da extradição os crimes puramente militares, como fez com os crimes políticos. Mas isso não significa que tornou obrigatória a extradição dos crimes propriamente milita-

res, que na forma da melhor doutrina e regras de direito internacional não são considerados crimes *ius gentium*.

Os tratados e convenções internacionais de que o Brasil venha a participar e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal suprirão o silêncio legal, equiparando ao crime político o crime propriamente militar.

Uma única exceção em direito internacional sofre a proibição da extradição dos crimes propriamente militares. É a referente à dos crimes de deserção de marinheiros, mirando aos altos interesses universais da navegação. A entrega de marinheiros, porém, como assinalam juristas de prol (12), não constitui propriamente um ato de extradição. É feita através de um processo sumário, como medida de polícia marítima, executada por cônsules e autoridades locais. Entrega essa geralmente não prevista nos tratados de extradição, mas em convenções de amizade, comércio e navegação.

Finalmente, a respeito de crimes propriamente militares, ou militares próprios, denominações de igual significado, não há confundi-los com o chamado *crime próprio militar*.

Crimes próprios (*Standesdelikte, Sonderdelikte, reati proprii, delitos proprios*) são os que, na melhor doutrina, somente certas pessoas podem ser autoras (*nur bestimmte Personen in Täterschaft begehen können*) (13). São aqueles crimes cuja tipicidade exige uma determinada qualidade ou condição pessoal no agente, como no direito comum, a de funcionário público, médico, mãe (no caso de infanticídio), etc. (14).

Manassero (15) e Hans-Heinrich Jescheck (16) sustentam que os crimes militares são *próprios*, relacionando-os com os crimes comuns.

Em nosso país, onde também o civil comete crime militar independentemente de co-autoria, não há guarida para asserção que tal.

Contestam-na, entretanto, Giuseppe Ciardi (17) e Rodolfo Venditti (18) não só com o argumento de que nem todos os crimes militares são praticados por militares, mas ainda com a alegação de que só no âmbito dos crimes militares é que se deve cogitar de *crimes próprios militares*, que seriam aqueles "que não podem ser praticados por qualquer militar, mas só pelos que se encontram em uma particular posição jurídica". Em nosso direito, seriam, por exemplo, os crimes do comandante (arts. 198 a 201, 372 e 373 do CPM).

Assim, a diferença entre *crimes propriamente militares* ou *militares próprios* (na concepção clássica) e *crimes próprios militares* seria a seguinte: os primeiros exigiriam apenas a qualidade de militar para o agente; enquanto que os segundos, além da referida qualidade, um *plus*, uma particular posição jurídica para o agente, como a de comandante nos crimes acima exemplificados.

Encerrando este artigo, escrito para publicação na *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, confiamos que sirva ele, pelo menos, para a

formulação de verbetes, ainda inexistentes sobre Direito Penal Militar, em seu Dicionário Jurídico, ao ensejo de nova edição.

NOTAS

(1) Código Criminal de 1830 (art. 308, § 2º); Código do Processo Criminal (art. 8º); Códigos Penais de 1890 (art. 6º, "b") e 1969, que só foi publicado e não entrou em vigor (art. 57, § 2º); Lei nº 2.416, de 1911 (art. 2º, V, "a"); e Decreto-Lei nº 394, de 1938 (art. 2º, VII, "a"), os dois últimos diplomas legais relativos à extradição.

(2) Tratado de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, vol. I, Rio, 1925, nº 129, pág. 129.

(3) Esmeraldino Bandeira, ob. cit., nº 113, 116, 122, 129 a 131, págs. 117/118, 121, 124 e 129 a 131; Chrysolito de Gusmão, Direito Penal Militar, Rio, 1915, págs. 41 e segs.; Oscar de Macedo Soares, Código Penal Militar, Rio, 1903, págs. 20/21; Clovis Belivaqua, Exposição de Motivos do Esboço de Código Penal para a Armada Brasileira de 1911 in Revista do Superior Tribunal Militar, ano V, nº 6, 1980, pág. 18/19; Edmundo Lins, em estudo nas Pandetas Brasileiras, vol. III, 1ª parte, pág. 241 apud Homero Prates, Código da Justiça Militar, Rio-São Paulo, 1939, pág. 78; J. Salgado Martins, Código Penal Militar, Porto Alegre, 1942, pág. 23 e segs.; Castro Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, Rio, 1943, pág. 404; C. Lobão Ferreira, Direito Penal Militar, Brasília, 1975, págs. 3 a 6; e, na França, Pierre Bouzat e Jean Pinatel, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, tome I, Paris, 1970, pág. 244.

(4) Esmeraldino Bandeira, ob. cit., pág. 118 e 130; e C. Lobão Ferreira, ob. cit., pág. 4/5.

(5) Ob. cit., pág. 47.

(6) L. Carpenter, O Direito Penal Militar Brasileiro e o Direito Penal Militar de outros povos cultos, Rio, 1914, págs. 121 e 124; Damásio E. de Jesus, Comentários ao Código Penal, Parte Geral, vol. 2º, Ed. Saraiva, 1985, pág. 648; Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Rio, 1986, 1ª edição, 4ª tiragem, pág. 102; Paulo José da Costa Jr., Comentários ao Código Penal, Parte Geral, vol. I, Ed. Saraiva, 1986, pág. 334; na Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, 1980, pág. 206; e, no Chile, Renato Astrosa Herrera, *Derecho Penal Militar*, Santiago, 1974, págs. 86/87.

(7) Apud Aristides Manassero, *I Codici Penali Militari*, Milano, 1951, vol. I, págs. 114/116.

(8) Novo Código Penal Militar do Brasil, Rio-São Paulo, 1946, pág. 47; José Frederico Marques, Da Competência em matéria penal, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953, pág. 142; Ramagem Badaró, Comentários ao Código Penal Militar de 1969, São Paulo, 1972, vol. I, pág. 52; e Ruy de Lima Pessoa, Crimes Militares in Revista do Superior

Tribunal Militar, número comemorativo do 180º aniversário da Justiça Militar, 1989, págs. 156/158.

(9) O Velho Direito Penal Militar Clássico (tese de concurso), Rio, 1914, págs. 59/60.

(10) Pietro Vico, *Diritto Penale Militare, seconda edizione riveduta ed aggiornata, estratto dalla Enciclopedia del Diritto Penale Italiano già diretta dal Prof. Enrico Pessina*, Milano, 1917, págs. 106/107.

(11) Ugo Aloisi e Nicola Fini, *Estradizione in Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, pág. 1017; Astrosa Herrera, ob. cit., nº 39, pág. 87; Chauveau (A.) e Hélie (F.) *Théorie du Code Penal*, tome I, Paris, 1861, nº 27, pág. 64; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, São Paulo, 1974, pág. 278.

(12) Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª ed., vol. I, Rio, 1956, nº 662, pág. 433; Pietro Vico, ob. cit., nº 67, págs. 109/110; e Pierre Bouzat e Jean Pinatel, ob. cit., tome I, nº 168, pág. 252.

(13) Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1908, § 46. *Dritter Abschnitt*. III, pág. 81.

(14) A. Quintano Ripollés e Johana Heilpern de Quintano, *Diccionario de Derecho Comparado (Alemán-Español)* Madrid, 1951, págs. 474 e 485; Ermin Briessmann, *Beck-Rechtslexica: Strafrecht und Strafprozess*, Münche, 1970, pág. 138; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, Münche, 1978, §§ 13 *Vorbem*, 132, pág. 168; Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale, Parte General*, vol. I, tomo I, Bologna, 1949, pág. 228; e Giuseppe Bettiol, *Sul reato proprio*, Milano, *Giuffrè*, 1939, págs. 12 e segs.

(15) Ob. cit., vol. I. pág. 49.

(16) *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Dritte Auflage*, Berlin, 1978, § 26, pág. 213: *Sonderdelikte sind ... alle militärischen Straftaten (§ 1, I und II WStG)*. São crimes próprios ... todos os crimes militares (§ 1º, I e II da Lei Penal Militar).

(17) *Istituzioni di Diritto Penale Militare*, vol. I, Roma, 1950, pág. 155, nota 8.

(18) *Il Diritto Penale Militare nel Sistema Penale Italiano, quarta edizione ampliata*, Milano, 1978, nº 26, págs. 114 e segs.