

O CÓDIGO PENAL MILITAR, ESSE GRANDE DESCONHECIDO

JORGE ALBERTO ROMEIRO

1. O saudoso Professor Luiz Frederico Sáuerbronn Cárpenter (1), meu professor de Direito Judiciário Penal na antiga Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, definiu, com rara felicidade, os crimes propriamente militares: “Os crimes propriamente militares não são delitos militares, são contravenções à disciplina militar”.

2. E por serem delitos de criação artificial, política, só dizendo respeito à disciplina militar, infrações específicas, estatutárias, puras, funcionais ou de serviço, que, diversamente dos crimes comuns, não ofendem os direitos naturais do homem, não são um mal em si (*mala in se, malum quia malum*), mas um mal porque proibidos (*malum quia prohibita, malum quia vetitum*), não lesam um interesse geral da humanidade, não sendo, assim, passíveis de extração, repelidos como *crimina ius gentium* pelo Direito Internacional Público, nem, por tudo isso, considerados, para o efeito de reincidência, com os crimes comuns (art. 64, II, do Código Penal comum), deles não se têm ocupado os nossos penalistas, mais voltados, hoje em dia, para o estudo da Criminologia, a ponto de serem relegados os crimes em questão até ao olvido dos legisladores pátrios, com graves conseqüências, como se verá em seguida.

3. Mirando a descongestionar nosso sistema penitenciário, que assola a execução penal, a jurisprudência de nossa justiça comum, dando realce ao princípio de oportunidade da ação penal, vem enfatizando o princípio da insignificância, dele derivado, como excludente da tipicidade penal.

4. Consiste esse princípio na proposição político-criminal da necessidade de discriminação de condutas, que embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

5. Expressa o princípio, no campo do direito penal, o brocardo, muito difundido, do direito romano *De minimis non curat praetor*.

6. O tipo penal pressupõe um perigo social no comportamento do autor do crime. Quando inexistir este perigo, não valerá o referido tipo. É, entre outras, a teoria da adequação social do tipo (*Socialadäquanz*), formulada por WESEL, transformada em regra de hermenêutica.

7. Em recente livro, intitulado “O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal”, editado pela Livraria Saraiva em 1994, Carlos Vico Mañas, Procurador do Estado de São Paulo e Professor de Direito Penal, disserta sobre o referido princípio, procurando justificá-lo doutrinariamente, focalizando-o na legislação penal comparada e transcrevendo mais de uma dezena de ementas de acórdãos de tribunais paulistas e uma da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal sobre sua aplicação em crimes de pequena monta, como furtos e lesões corporais leves. Não faz, entretanto, qualquer alusão ao Código Penal Militar, pioneiro em nosso país, desde 1969, em tratar do moderno festejado princípio em texto legal.

8. Com essa sua omissão faz crer o autor ilustre que, no Brasil, só o direito costumeiro, que os juristas germânicos denominam *ungeschriebenes Recht*, direito não escrito, tem cuidado do assunto, através da jurisprudência (*usus fori*).

É o desconhecimento total do Código Penal Militar, que com este artigo pretendemos demonstrar.

9. Nosso estatuto penal castrense contém vários artigos sobre o princípio e sua aplicação quando, sendo primário o agente, se trate de coisas de pequeno valor, nos crimes de furto (art. 240, § 1º), apropriação indébita (art. 250), receptação (art. 254, parágrafo único) e outros mais, como lesões levíssimas (art. 209, § 6º) etc. O Código Penal Militar confere, expressamente, ao poder discricionário do juiz a faculdade, entre outras alternativas, de “considerar a infração como disciplinar” e absolver o agente, remetendo o processo para a autoridade administrativa militar, que procederá como lhe parecer melhor, condenando ou absolvendo o agente, por falta disciplinar. Estão fora das atribuições do juiz militar as infrações dos regulamentos disciplinares (art. 20 do CPM).

10. Mas não somente nossos penalistas afeitos ao direito penal comum desconhecem o Código Penal Militar. A própria justiça militar, pelo menos até nosso ingresso no Superior Tribunal Militar, em 1979, identificava o princípio da insignificância, expresso no Código Penal Militar, com o perdão judicial, cujo *nomen iuris* ele silenciou, apesar de tratar-se de institutos jurídicos totalmente diferentes, como esclarecemos ali.

11. No perdão judicial a não aplicação da pena não resulta de uma sentença absolutória, mas extintiva da punibilidade. O princípio da insignifi-

cância exclui a tipicidade penal, discrimina. No perdão judicial o crime permanece intacto, deixando apenas de ser punido. A sentença concessiva do perdão judicial deve dizer que o perdoado é considerado culpado, mas isento de pena (*Der Angeklagte wird für schuldig, aber für strafrei erklärt*) (2) não tendo especialmente lugar nenhuma anotação no registro de seus antecedentes penais (*insbesondere findet Keine Registereintragung statt*) (3).

12. O fundamento do perdão judicial não é o mesmo do princípio da insignificância, o *bagatellsachen* do direito penal alemão são vários, como a existência de fatos delituosos sumamente leves, para os quais a própria pena mínima, prevista pela lei, é demasiada (4), ou cuja punição desagrada a consciência popular (5).

13. Comportam o perdão judicial, no direito penal comum, os crimes de adultério “se havia cessado a vida em comum dos cônjuges” (art. 240, § 4º, do CP); de injúria “quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria” e “no caso de retorção imediata, que consista em outra injúria” (art. 140, § 1º, I e II); de lesão e homicídio culposos “se as conseqüências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária” (arts. 121, § 5º, e 129, § 8º do CP, acrescidos pela Lei nº 6.416, de 24/5/77); de receptação culposa, “se o criminoso é primário... tendo em consideração as circunstâncias” (art. 180, § 3º, do CP); e outros mais.

No Código Penal Militar só o crime de receptação culposa (art. 255, parágrafo único) admite o perdão judicial, sem qualquer alusão ao *nomen iuris* do instituto. O juiz não considera a infração como disciplinar, absolvendo o receptor, deixa, apenas, “de aplicar a pena”, pela extinção da punibilidade do crime.

14. Por não distinguir o perdão judicial do princípio da insignificância, acreditamos haver o legislador militar deixado de registrar na Exposição de Motivos do Código Penal Militar, seu pioneirismo em focalizar em texto legal o importante princípio discriminante.

15. Outra injusta omissão que se faz ao Código Penal Militar é com relação às Medidas de Segurança.

Foi o nosso estatuto penal castrense que, num avanço doutrinário incalculável, revolucionou nosso direito positivo em matéria de Medidas de Segurança, abolindo o critério dualista, que substituiu pelo monista ou utilitarista, o chamado sistema vicariante, segundo o qual não há diferença essencial entre pena e medida de segurança detentiva, extinguindo o desacreditado sistema, muito em moda na época, dos dois trilhos ou duplo binário (*doppio binario, dual track, Zweispurigkeit*), pelo qual eram impostas, cumulativa e sucessiva-

mente, penas e medidas de segurança detentivas a criminosos imputáveis e semi-imputáveis.

Este fato, historicamente relevante, não está registrado em lugar nenhum. A Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal comum (Lei nº 7.209, de 11/7/84), que, quatorze anos depois, reestruturou, no direito penal comum, as medidas de segurança detentivas nos moldes do Código Penal Militar, nem o refere, dando a entender que, no Brasil, nada a respeito do que fizera já existia antes (item 87).

A Exposição de Motivos do próprio Código Penal Militar, por incrível que pareça, não refere sequer à reformulação doutrinariamente avançada que ele empreendera no instituto das medidas de segurança.

Aqui, como já o fizemos antes em nosso recente “Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)”, deixamos o registro enfático do referido importante empreendimento histórico do Código Penal Militar, esse grande desconhecido, com relação às medidas de segurança, no direito penal brasileiro.

16. O legislador da Lei nº 8.069, de 13/7/90, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências”, simplesmente ignorou a existência no texto do Código Penal Militar dos crimes impropriamente militares de homicídio doloso (art. 205), lesões corporais (art. 209), e maus-tratos (art. 313), que podem ser praticados, em lugar sujeito à administração militar, contra menores de quatorze anos, exacerbando de um terço somente as penas desses crimes quando previstos pelo Decreto-lei nº 2.849, de 7/12/40, que é o Código Penal comum, cujos artigos 121, 129 e 136, expressamente, alterou para o dito fim, em seu art. 263, atentando evidentemente contra o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

17. Onde a desconsideração do Código Penal Militar pelos nossos legisladores penais atingiu, entretanto, o seu clímax, foi quando, na forma do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.072, de 25/6/90, definiu os crimes hediondos que, com os da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, passaram a ser inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Eis como a mencionada Lei define os crimes hediondos em seu art. 1º: — “São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pela morte (art.

270, combinado com o art. 285), *todos* do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) tentados e consumados”.

Atente-se que o dispositivo não se limitou apenas a nomear os crimes que define como hediondos, mas indicou os dispositivos legais em que estão tipificados, acentuando serem “*todos* do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)” e o referente ao genocídio “da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956”.

Ora, todos os crimes referidos no artigo transcrito como só tipificados no Código Penal comum e na Lei nº 2.889, de 1/10/56, também o são, por forma igual, no Código Penal Militar: O crime de latrocínio, no art. 242, § 3º; o de extorsão, qualificada pela morte, no art. 243, § 2º; o de extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, no art. 244 *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º; o de estupro, no art. 232; o de atentado violento ao pudor, no art. 233; o de epidemia com resultado morte, no art. 292, § 1º; o de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, no art. 293, § 2º; e o de genocídio, no art. 208 e seu parágrafo único. São os chamados crimes impropriamente militares, que se diferenciam dos crimes propriamente militares (deserção, insubmissão, motim, revolta, covardia etc.), porque, ao contrário destes, figuram também no Código Penal e leis penais comuns.

Contudo, o art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990, como vimos, só definiu como crimes hediondos os tipificados no Código Penal comum e na Lei nº 2.889, de 1956, por ele aludidos, e não os que indicamos, tipificados, por forma igual, no Código Penal Militar, que não podem, por esse motivo, ser considerados crimes hediondos, com suas gravosas conseqüências.

18. Em direito penal só vale o que está escrito na lei (*voluntas legis*), cuja interpretação há de ser sempre restrita, literal. Nem, para configurar como hediondos os crimes militares por nós indicados, é possível recorrer à analogia com os crimes comuns referidos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990. Ainda em direito penal, só é consentida a analogia em benefício do réu (*in bonam partem*) e não contra ele (*in malam partem*).

Assim e indiscutivelmente, a definição legal dos crimes hediondos infringe o princípio da igualdade de todos, civis e militares, perante a lei, inscrito no *caput* do art. 5º da nossa Lex legum, ensejando situações absurdas, como bem realça o seguinte exemplo: Se um militar comete um crime de estupro dentro do quartel (crime militar), seu crime não será hediondo, pois só o será se praticado em local não sujeito a administração militar e desde que a ofendida não seja sua colega de farda (crime comum).

19. Por incrível que pareça, a Lei nº 8.930, de 6/9/94, que deu nova

redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990, para acrescentar e excluir alguns crimes hediondos, não incluiu nele nenhum crime militar, acentuando, mais uma vez, serem os ditos crimes “*todos* tipificados no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, consumados ou tentados” (art. 1º).

20. Encerrando este artigo, não seria demais argüir a inconstitucionalidade das Leis nºs 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 8.072, de 1990 (sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), por atentarem flagrantemente contra o mandamento constitucional da igualdade de todos, civis e militares, perante a lei (CF, *caput* do art. 5º).

21. Que os nossos penalistas e legisladores não continuem a ignorar o Código Penal Militar, a fim de evitar as injustiças e inconstitucionalidades apontadas neste artigo.

NOTAS

(1) CARPENTER, “O Velho Direito Penal Clássico” (Tese de concurso), Rio, 1914, págs. 59/60.

(2) EDUARD KERN, “Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch”. München und Berlin, 1960, § 49, IV, seite 185.

(3) REINHART MAURACH, “Deutsches Strafrecht”, ein *Lehrbuch*. Allgemeiner Teil, 4 vollig neuarbeitete Auflage, Karlsruhe, 1971, seite 678; ADOLF SCHÖNKE & HORT SCHRÖDER, “Strafgesetzbuch, Kommentar”. München, 1978, seite 115; und PAUL BOCKELMANN, “Strafrecht”. Allgemeiner Teil. 2. Auflage, Münche und Berlin, 1975, § 30, seite 256.

(4) “ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA”, Código Penal Comentado, São Paulo, vol. 2, pág. 165.

(5) MÁRIO DUNI, “Il perdono giudiziale”, Milano, 1957, pág. 18.