



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAPHAEL MELLO DE ANDRADE

**LEI 13.491/17: DOS EFEITOS PENAIS MILITARES E
PROCESSUAIS PENAIS MILITARES E DO USO E TRÁFICO
DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO
MILITAR**

**Salvador
2018**

RAPHAEL MELLO DE ANDRADE

**LEI 13.491/17: DOS EFEITOS PENAIS MILITARES E
PROCESSUAIS PENAIS MILITARES E DO USO E TRÁFICO
DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO
MILITAR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Federal da Bahia como exigência
parcial para a obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira
de Santana.

**Salvador
2018**

RAPHAEL MELLO DE ANDRADE

**LEI 13.491/17: DOS EFEITOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS MILITARES E
DO USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO
MILITAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal da Bahia (UFBA) como
requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovado em 25 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a **Selma Pereira de Santana** – Orientadora
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito de Coimbra

Prof^a **Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro** – Examinadora
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito da UFBA

Prof^a **Gabrielle Santana Garcia** – Examinadora
Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia. Centro Universitário Jorge Amado. UNIJORGE.
Faculdade de Direito da UFBA

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as mudanças ocorridas no Direito Penal Militar após a entrada em vigor da Lei 13.491.17, que alterou o art. 9º do Código Penal Militar, dispositivo responsável por delinear o que se considera crime militar em tempo de paz. As mudanças legais promovida pela novel Lei se dividem em duas: a) ampliação do rol de crimes militares, que não mais se limitam aos previstos no CPM; b) competência nos casos de crimes dolosos contra a vida de civis cometidos por militares das Forças Armadas. Ambos os temas serão abordados neste trabalho, dando-se especial atenção à possibilidade de que os tipos previstos na legislação penal (o que inclui a extravagante) sejam considerados crimes militares. Nesse contexto, necessário discutir o aparente conflito entre a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e o art. 290 do CPM (que prevê o tipo de Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar) nos casos relacionados ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a atualidade do tema, bem como pela sua importância prática, ante a expressiva quantidade de casos que envolvem tais condutas no âmbito da Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar; Crime Militar; Lei 13.491/17; Art. 290 do CPM; Lei de Drogas.

ABSTRACT

The present work has the scope to analyze the changes that have occurred in the Military Penal law after come into of the Law 13.491/17, which changed ther art. 9 of the Military Penal Code the device responsible for outlining what is considered a crime in the military in time of peace. The legal changes promoted by the new Law are divided into two; a) eansion of the list of military crimes, that it is not limited to those provided in the MCP; b) jurisdiction in cases of crimes against civilians committed by armed forces military. Both topics will be addressed in this work, giving special attention to the possibility that the provided for in criminal law (which includes the extravagant) are considered military crimes. In this context it is necessary to discuss the apparent conflict between the Law 11.343/06 (drug law) and the art. 290 of the Military Penal Code (which provides the type of trafficking possession or use of narcotic or substance of similar effect) in the cases related to the use and trafficking of drugs in a place subjected to Militay administration given the topicality of the theme, as well as for its practical importance, compared with the significant amount of cases involving such conduct in the context of Military justice.

KEYWORDS: Military Penal Law; Military Crime; Law 13.491.17; art. 290 of the Military Penal Code; Law 11.343/06

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CPM	Código Penal Militar
CPPM	Código de Processo Penal Militar
STF	Supremo Tribunal Federal
STM	Superior Tribunal Militar
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL MILITAR	13
2.1 SÍNTESE HISTÓRICA E CONCEITO.....	13
2.2 PRINCÍPIOS COMUNS AO DIREITO PENAL E DIREITO PENAL MILITAR.....	17
2.3 ESPECIALIDADE (HIERARQUIA E DISCIPLINA) E BEM JURÍDICO TUTELADO	19
3. DA JUSTIÇA MILITAR: DELINEAMENTOS.....	24
3.1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL	24
3.2 JUSTIÇA MILITAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	28
3.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	30
3.3.1 Estrutura da Justiça Militar da União	38
3.4 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.....	41
3.5 JUSTIÇA MILITAR E ESTADO DE DIREITO	42
4. DO CRIME MILITAR	45
4.1 DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR.....	45
4.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES MILITARES.....	50
4.3 RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES MILITARES.....	53
5. ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR A E LEI 13.491/17.....	57
5.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/17	60
5.2 NATUREZA E CONSEQUÊNCIAS DA LEI 13.491/17	66
5.3 O ASPECTO PROCESSUAL DA LEI 13.491/17	68
5.3.1 Consequências do Aspecto Processual	71
6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA REDAÇÃO DO INCISO II, DO ART 9º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR.....	74
6.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS	74
6.2 UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO: DELITOS MILITARES POR EXTENSÃO	76
6.3 NATUREZA DO INCISO II, DO ART. 9º	78
6.4 CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO DO INCISO II, DO ART. 9º.....	80
6.4.1 Deslocamento dos processos para Justiça Militar.....	81
6.4.2 Aplicação de regras penais gerais e processuais estranhas ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar	84
7. USO E TRÁFICO DE DROGAS E DIREITO PENAL MILITAR.....	88

7.1 LEI 11.343/06: CONTEXTUALIZAÇÃO	91
7.2 APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR	95
7.2.1 Da Inaplicabilidade da Lei 13.343/06 e do Princípio da Insignificância aos crimes militares de drogas.....	97
8. TRÁFICO E USO DE DROGAS EM ÁREA SUJEITA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR À LUZ DA LEI 13.491/17 (LEI DE DROGAS X ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR)	104
8.1 A ESPECIALIDADE DO ART. 290: LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR 106	
8.2 ART. 9º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CRIME DEFINIDO DE MODO DIVERSO NA LEI PENAL COMUM	108
8.3 DA INAPLICABILIDADE DAS ALÍNEAS “B” E “C”, DO INCISO II, DO ART. 9º, À POSSE PARA USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR	111
8.4 DA INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO PENAL DA LEI 11.343/06	115
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
10. REFERÊNCIAS	120

1. INTRODUÇÃO

A publicação, aos 16 de outubro de 2017, da Lei 13.491/17 ocasionou significativa alteração no ordenamento jurídico pátrio ao alterar o art. 9º do Código Penal Militar, dispositivo legal responsável por elencar os critérios definidores dos crimes militares em tempo de paz.

As modificações operadas pela Novel Lei se dividem em duas, quais sejam: a) mudança na redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar; b) desmembramento do antigo parágrafo único do mencionado artigo, que agora passa a ter dois parágrafos.

O artigo 9º do Código Penal Militar define, em seus incisos I, II e III, o que se considera crime militar em tempo de paz. Conforme o inciso I, não alterado pela Lei 13.491/17, são militares “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”.¹

O inciso II, conforme a redação anterior à Lei 13.491/17, dispunha sobre os tipos previstos no Código Penal Militar e na lei penal comum, e que são considerados militares, se e quando, cometidos por militares da ativa numa das circunstâncias elencadas nas alíneas do referido inciso.

O inciso III, por sua vez, remetendo-se aos incisos anteriores, estabelece as hipóteses nas quais os civis, militares da reserva ou reformados, cometem crimes militares, o que incluía não só os tipos de que tratava o inciso I, como também o II.

Nesse contexto, o importante a destacar é que, antes na Lei 13.491/17, apenas podiam ser crimes militares os que se encontravam tipificados no Código Penal Militar.

Com a redação dada pela Lei 13.491/17, o inciso II, do artigo 9º, passa a considerar como militar não apenas os crimes previstos no Código Penal Militar, mas também os dispostos na legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante), desde que cometidos numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f” do referido inciso.

Dessa forma, os crimes militares deixam de ser apenas aqueles constantes no Código Penal Militar, passando ser considerados como tais qualquer tipo penal

¹ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 15 jul 2018.

existente no ordenamento jurídico, desde que cometido nas circunstâncias elencadas nas alíneas do inciso II, do artigo 9º.

Noutro giro, o artigo 9º do Código Penal Militar, antes da Lei 13.491/17, possuía um parágrafo único, que dispunha que seriam de competência da justiça comum os crimes dolosos cometidos contra a vida de civil, ainda que tratados pelo referido artigo.

Com o advento da Lei 13.491/17, o artigo 9º passa a ter dois parágrafos. O § 1º não traz mudança substancial em relação ao parágrafo único anteriormente previsto, apresentando apenas redação mais clara ao prever que: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.”²

O § 2º sim apresenta significativa mudança, pois amplia as exceções ao § 1º, ao estabelecer como de competência da Justiça Militar da União o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civil desde que praticados nos contextos previstos nos incisos I a III desse parágrafo.

Em virtude da nova redação dada ao artigo 9º do Código Penal Militar pela Lei 13.491/17, passou-se a discutir as alterações promovidas no ordenamento jurídico pátrio, em especial no que concerne ao que se tem chamado de “ampliação da competência da Justiça Militar”.

Os problemas centrais do debate giram em torno de saber quais as características das alterações promovidas no artigo 9º, se seriam de natureza penal ou processual e, por consequência, como se dará a regulação de sua aplicação no tempo e dos conflitos de normas decorrentes da vigência da Lei 13.491/17.

Conforme buscar-se-á demonstrar neste Trabalho de Conclusão de Curso, os agora §§ 1º e 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar, ainda que previstos em Diploma de direito material, dizem respeito a matéria processual, dispondo sobre regras de competência nos casos de crimes militares dolosos contra a vida de civis que, em regra, serão julgados pelo tribunal do júri, admitindo-se as exceções que adiante serão tratadas.

Entretanto, a maior parte das discussões giram em torno de saber qual seria a natureza da alteração trazida ao inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar, pela

² BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 15 jul 2018.

Lei 13.491/17, se penal ou processual e, conseqüentemente, como seria regulada sua aplicação no tempo, o que também será analisado neste Trabalho.

Certo é que, partir da vigência da Lei 13.491/17, mesmo os tipos que não encontram previsão no Código Penal Militar podem ser considerados militares, desde que a conduta, além de tipificada em qualquer legislação penal, seja praticada numa das hipóteses dos incisos II e III, do art. 9º, do Código Penal Militar. A esta nova categoria, Ronaldo João Roth denominou “crimes militares por extensão”.³

Nessa senda, é possível vislumbrar potencial conflito entre o artigo 290 do Código Penal Militar, que tipifica o “tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, e os tipos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, que tratam, respectivamente, das condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas.

Portanto, no presente Trabalho, busca-se, de maneira mais específica, enfrentar a nova redação dada ao inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar, a fim de verificar a natureza das alterações promovidas, se de direito material ou processual, com enfoque no conflito de normas decorrentes da vigência da Lei 13.491/17, em especial ao uso e tráfico de drogas em áreas sujeitas à administração militar e a possível aplicação da Lei 11.343/06 em tais casos.

O presente trabalho justifica-se justamente por conta da atualidade do tema e das inúmeras controvérsias que tem suscitado. Outrossim, ao atuar na Justiça Militar da União, percebe-se que são inúmeros os casos que envolvem drogas em unidades militares, o que faz o tema merecer especial atenção, sobretudo pelo conflito já acima apontado entre o artigo 290 do Código Penal Militar e os dispositivos da Lei 11.343/06.

Pretende-se demonstrar que, em que pese a Lei 13.491/17 admita que qualquer crime previsto na legislação penal possa ser considerado como militar, desde que cometidos numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f”, do inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar, aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar continua sendo aplicável o artigo 290 do supracitado diploma, e não as disposições da Lei 11.343/06, dada a especialidade do primeiro

A fim de que as discussões travadas ao longo do trabalho pareçam mais claras, mesmo aos menos afeitos ao tema, promoveu-se, através de revisão bibliográfica

³ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 29, set./dez. 2017.

ca, uma breve análise a respeito do histórico do Direito Penal Militar, bem como das suas especificidades, do objeto de estudo e dos institutos próprios que regem a matéria e justificam a existência de um ramo especial do Direito para tutelar a vida em caserna.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL MILITAR

Pretende-se, com o presente trabalho, discutir as alterações promovidas no Direito Penal Militar a partir da Lei 13.491/17, com especial enfoque à possibilidade de aplicação da Lei de Drogas (11.343/06) aos casos de uso e tráfico de entorpecentes em locais sujeitos à administração militar.

Contudo, para que se possa chegar ao fim almejado, faz-se necessário promover uma análise, ainda que breve, do Direito Penal Militar, no que diz respeito ao seu histórico, conceito, principiologia e especificidades, o que faremos neste capítulo inicial, pois tais temas fornecerão as bases para os problemas que adiante serão enfrentados.

2.1 SÍNTESE HISTÓRICA E CONCEITO

O marco temporal do surgimento do Direito Penal Militar é impreciso, mas é possível verificar que o seu nascimento se confunde com a história dos povos antigos, especialmente pela demanda originada da busca por novos territórios, o que implicou na necessidade de estabelecer regras que disciplinassem os integrantes dos primeiros exércitos.

Assim, em decorrência das expansões territoriais promovidas pelos povos antigos, surgiu a necessidade de reunir e preparar homens que estivessem aptos a, por meio da atividade bélica, conquistar, ocupar e defender territórios. Por consequência, necessário se fez regular e disciplinar o comportamento dos indivíduos reunidos para tais fins. Nas palavras de Univaldo Corrêa:

Quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas para o seu povo, aí, provavelmente, a Justiça Militar deu os seus primeiros passos, pois logo sentiu a necessidade de poder contar, a qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata.⁴

Informa ainda o autor que, já no Código de Urnammu, era possível encontrar a previsão de fatos que hoje são considerados crimes militares, muito embora não fossem julgados por uma justiça militar, mas sim pelo Rei. Em Atenas e Esparta, por

⁴CORRÊA, Univaldo. **A evolução de a Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos.** Extraído e adaptado de A Justiça Militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1991, p. 517. Disponível em: < <http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf> >. Acesso em: 5 maio 2018.

outro lado, era possível identificar a existência da jurisdição castrense, cujas decisões eram tomadas por chefes militares.

O Direito Penal Militar, portanto, acompanha a história dos povos antigos e o crescimento das atividades beligerantes que se destinavam à proteção e expansão territorial. Entretanto, ainda que se reconheça que outras civilizações da Antiguidade já utilizassem institutos próprios de Direito Militar, destaque especial merece o Império Romano.

Conforme Célio Lobão, o crime militar já era conhecido no Direito Romano,

(...) no qual a violação do dever militar alcançou noção jurídica perfeita e científica, o que explica porque Roma conquistou o mundo com o rigor da disciplina militar. No Digesto, Livro XLIX, Título XVI, L.2, vem expresso o conceito de delito militar próprio (delito propriamente militar), que era cometido pelo militar nessa qualidade (*Proprium militares est delictum, quod quis uti miles admittet*).⁵

Cícero Coimbra e Marcello Streifinger aduzem que foi em Roma que o Direito Penal Militar ganhou autonomia, isso porque, do expansionismo imperialista resultou a necessidade de perenização dos exércitos romanos, “transformando-os em instituições permanentes, formados e estruturados sob rígida disciplina⁶”. De tal perenização decorreu a premência de estabelecer princípios, crimes e penas próprios da atividade bélica, o que pode ser identificado como um grande marco na história do Direito Penal Militar.

O próprio termo “castrense” remonta à época do Império Romano, no qual *Castru* era o nome dado aos acampamentos em regiões distantes de Roma, locais onde ficavam as legiões romanas que desenvolviam atividades bélicas a fim de expandir e defender seus domínios. Nestes *Castrus* existiam tribunais militares responsáveis pelos julgamentos, representando a figura do Pretor, ainda que distante da sede do Império⁷.

A história do Direito brasileiro também encontra raízes em Roma, vez que o Brasil foi colonizado por Portugal, que, segundo Univaldo Corrêa⁸, tem sua cultura

⁵LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 48.

⁶NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

⁷SILVA, Ranna Rannuai Rodrigues. A Justiça Militar de Ontem em Diante. In: **Revista do Ministério Público Militar**, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar. p. 267.

⁸CORRÊA, Univaldo. **A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos**. Extraído e adaptado de A Justiça Militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1991, p. 517. Disponível em, <<http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf>>, Acesso em: 5 maio 2018.

jurídica baseada no Direito romano, sobretudo, a partir da tradução do *Corpus Juris Civilis*.

A influência direta do Direito lusitano em terras brasileiras perdurou por séculos através das Ordenações do Reino, adentrando o Brasil República, vez que o Livro IV das Ordenações Filipinas vigorou, no Brasil, até 1916, quando as normas relativas ao Direito Civil foram revogadas pelo Código Civil promulgado naquele ano⁹.

Coimbra e Streinfinger¹⁰ informam que, inicialmente, o Direito Penal do Reino não possuía clara separação entre Direito Penal comum e militar, existindo apenas algumas previsões que se aproximavam de um “Direito Criminal afeto à beligerância”, como, por exemplo, dispositivo que tratava dos que “fogem das Armadas”, que punia a conduta daquele que se retirava, sem licença do Capitão-mor, da embarcação em que fora ordenado.

Em 1763, às Ordenações Filipinas juntam-se os Artigos de Guerra do Conde Lippe, que apenas é superado em 1891 com o estabelecimento do Código Penal da Armada, que, posteriormente, seria aplicado ao Exército e à Força Aérea, nos anos de 1899 e 1941, respectivamente.

Em 1944, o Decreto-Lei 6.227¹¹ institui o Código Penal Militar, que foi revogado pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que estabelece o atual Código Penal Militar e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970.

Como é possível notar, o Código Penal Militar vigente foi instituído no contexto da Ditadura Militar, sob a égide da Constituição de 1967 que, em 1969, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, considerada, por alguns autores, a exemplo de Manoel Jorge da Silva Neto, como a “autêntica emanção de poder constituinte originário¹²”, motivo pelo qual é tratada como Constituição de 1969.

Impende destacar que o Código Penal Militar foi decretado pelos, à época, Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar (Junta Militar),

⁹MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484> >. Acesso em: 5 abr 2018.

¹⁰NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41 e seguintes.

¹¹O Código Penal Militar de 1944 foi instituído por decreto-lei, isso porque, conforme o art. 180 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

¹²SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

que assumiram a Chefia do Poder Executivo por força do art. 3º, do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969.

No contexto do Ato Institucional nº 16 foram editados o Decreto-Lei nº 1.001/1969 (Código Penal Militar) e o Decreto-Lei nº 1.002/1969 (Código de Processo Penal Militar), que até hoje definem os crimes militares e regulam o processamento de tais crimes¹³.

Ao fim desse breve esboço histórico, percebe-se que a história e a evolução do Direito Penal Militar estão atreladas à própria evolução das sociedades e das organizações bélicas, que possibilitaram a expansão e proteção dos seus respectivos territórios.

Esta constante necessidade de proteger seus povos e territórios fez com que as sociedades constituíssem grupos de homens armados, devidamente disciplinados e aptos a pôr em risco suas próprias vidas em razão dos interesses de seu povo e seu Estado.

Em que pese, desde os primórdios, o Direito Militar possuir intrínseca relação com as organizações militares e a necessidade de manter a disciplina dos seus integrantes, o Direito Penal Militar, enquanto ramo autônomo do ordenamento jurídico pátrio, não tutela, apenas, as relações entre os membros das Forças Armadas, mas sim os interesses inerentes às instituições militares. Outro não é o entendimento expresso por Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel ao conceituarem Direito Penal Militar nos seguintes termos:

É um ramo do Direito Penal, especial, criado não com a finalidade de definir crimes para militares, mas sim de criar regras jurídicas destinadas à proteção das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais¹⁴.

Assim, mais do que definir o que seja crime militar, o Direito Penal Militar se ocupa em proteger as instituições militares e seus objetivos constitucionais, quais sejam, a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, no caso das Forças Armadas (art. 142, da Constituição); a preservação da ordem pública, incumbida às polícias militares, e a defesa civil, que cabe aos corpos de bombeiros militares, conforme o § 5º, do art. 144, da Carta Magna.

¹³BARRETO FILHO, Jordelino Rodrigues. A história da justiça militar brasileira. In: **Águia: Revista Educacional da FENORD**. V. 03. 2013. Teófilo Otoni: FENORD, 2013. p. 133.

¹⁴CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

Em decorrência desses fins, de interesse coletivo, constitucionalmente incumbidos às instituições militares, imprescindível a existência de um ramo do Direito que tutele seus interesses, sendo que, nos casos considerados mais graves pelo legislador, necessária a intervenção de normas penais, no caso, o Direito Penal Militar.

Por fim, insta salientar que, conforme adverte Álvaro Mayrink da Costa¹⁵, as normas penais militares não se destinam, exclusivamente, aos membros das Forças Armadas e aos integrantes das forças auxiliares e reserva do Exército¹⁶, isso porque condutas praticadas por civis também podem lesar bens jurídicos próprios do Direito Penal Militar.

Contudo, necessário mencionar que os civis apenas são jurisdicionados da Justiça Militar da União, não podendo ser julgados pela Justiça Militares dos Estados, ainda que cometam crimes que atentem contra suas instituições militares, isso porque, o § 4º do art. 125 da Constituição restringe a competência dessa justiça especializa, no âmbito estadual, aos seus respectivos militares¹⁷.

2.2 PRINCÍPIOS COMUNS AO DIREITO PENAL E DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar, ainda que reconhecido como um ramo especial do Direito, não pode ser visto como estanque em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal Militar, norma infraconstitucional que é, deve obediência à Constituição Federal.

Desse modo, o Direito Castrense, enquanto ramo do ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil, submete-se aos princípios e fundamentos que a regem e se encontram insculpidos na Carta Magna, tais como, a cidadania, a dignidade humana e a prevalência dos direitos humanos.

Ainda que anterior à Constituição atual e publicado à época do Regime Militar, sob os auspícios do Ato Institucional nº 16/1969, como apontado alhures, o Código

¹⁵COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 33.

¹⁶Constituição Federal, art. 144, § 6º: “As polícias militares e corpos de bombeiros militares, **forças auxiliares e reserva do Exército**, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.” (grifo nosso)

¹⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

Penal Militar rege-se por princípios próprios de um Estado Democrático, atendendo até mesmo às normas de direito internacional, como é possível notar da leitura do art. 7º, daquele Código, onde se lê que:

Art. 7º - Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

Portanto, deve-se encarar o Direito Penal Militar como um ramo especializado na defesa das instituições militares, inserto na pirâmide normativa brasileira, obediente à unidade do ordenamento jurídico.

Assim, como o ordenamento militar (expressão militar do Poder Nacional) está inserido no ordenamento geral do Estado, a lei penal militar se insere no tronco da legislação penal comum e na legislação que rege o Estado, em última análise¹⁸.

Ainda que o Direito Penal Militar seja, reconhecidamente, um ramo especializado, voltado a garantir os princípios basilares das Forças Armadas, conforme analisaremos mais adiante, impossível não reconhecer sua íntima relação com a legislação penal comum e com os princípios constitucionais informadores do *jus puniendi* estatal.

O simples confronto entre o Código Penal e o Código Penal Militar já revela a similitude entre ambos diplomas jurídicos no que diz respeito à principiologia aplicável, fato que é corroborado ao se estudar a doutrina penal militar pátria. Enio Luiz Rosseto, por exemplo, na obra Código Penal Militar Comentado, aponta como aplicáveis à Lei Penal Militar: o Princípio da Anterioridade da Lei Penal; a proibição da analogia *in malam partem*; o Princípio da Taxatividade; o Princípio da Intervenção Mínima; o Princípio da Ofensividade; o Princípio da Fragmentariedade; o Princípio da Culpabilidade; o Princípio da proporcionalidade, e; o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entre outros¹⁹.

¹⁸COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43.

¹⁹ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2015. p. 78 e seguintes.

2.3 ESPECIALIDADE (HIERARQUIA E DISCIPLINA) E BEM JURÍDICO TUTELADO

Como visto no tópico anterior, o Direito Penal Militar encontra-se inserido no ordenamento jurídico pátrio e possui íntima relação com o Direito Penal, compartilhando com ele diversos princípios, todos decorrentes do Estado de Direito. Contudo, para entender a especialidade do Direito Penal Militar, necessário encará-lo à luz do seu objeto, pelos motivos já explicados. Ademais, para José Cretella Júnior, um ramo do direito é autônomo quando tem: a) um objeto próprio; b) institutos próprios; c) método próprio, e; d) princípios informativos próprios²⁰.

No caso do Direito Penal Militar, temos o que segue: entende-se como “objeto próprio” o crime militar; os institutos e métodos próprios são representados, legalmente, pelo Código Penal Militar e pelo Código de Processo Penal Militar, e; por fim, os princípios informativos próprios correspondem aos mesmos princípios basilares das organizações militares, quais sejam a hierarquia e a disciplina.

Cezar Roberto Bitencourt entende que o melhor critério para distinguir Direito Penal comum e Direito Penal especial é levar em consideração os órgãos responsáveis pela aplicação das normas penais objetivas. Se aplicáveis pela justiça comum, sua qualificação será de Direito Penal comum; se aplicáveis por órgãos especiais, trata-se de norma penal especial²¹, previstas constitucionalmente.

Ousamos discordar do respeitável doutrinador, pois tal raciocínio não é aplicável ao Direito Penal Militar, isso porque, conforme abordaremos em linhas posteriores e lecionado por Adriano Alves-Marreiros, não se deve confundir natureza de crime militar com competência da Justiça Militar.

Ao estudar um ramo especial do direito, necessário analisar sua especialidade, os bens específicos que tutela, enfim, o que justifica sua existência. No caso do Direito Penal Militar, ensina-nos Alberto Romeiro que:

É um direito penal especial, porque, a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares.²²

²⁰ CRETILLA JÚNIOR, José Apud ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 37.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35 - 36.

²² ROMEIRO, Jorge Alberto Apud ROTH, João Ronaldo. Crime militar versus crime comum: identificação e conflito aparente de normas. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dircêo

Mister destacar que, ao contrário do que possa sugerir uma leitura rápida e desatenta, Romeiro assinala que a maioria das normas de Direito Penal Militar se aplicam exclusivamente aos militares, mas não todas, sendo plenamente possível que um civil cometa crime militar, desde que sua conduta, direta ou indiretamente, atente contra as instituições militares. Contudo, necessário reforçar, que apenas é possível a submissão do civil à Justiça Militar da União.

Guilherme de Souza Nucci também aponta o Direito Penal Militar como um ramo especializado do Direito, possuidor de um corpo de normas próprias voltadas à instituição de infrações penais militares, a fim de garantir os basilares princípios das Forças Armadas: hierarquia e disciplina²³.

Imperioso destacar que os sobreditos princípios, quais sejam, a hierarquia e a disciplina, constituem, também, no âmbito estadual, os pilares constitutivos e norteadores das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, exercendo o peculiar papel de vigas mestras da vida castrense e, não por acaso, a Constituição Federal, de maneira expressa, as coloca como base das organizações militares, nos termos dos artigos 142 e 42.

Hierarquia e disciplina são, portanto, verdadeiros princípios constitucionais, formadores das instituições militares e, conseqüentemente, do Direito Penal Militar. Nos termos da Lei 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.²⁴

Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 505.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 3.

²⁴ BRASIL. **Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm >. Acesso em: 10 jul 2017.

No mesmo sentido, de acordo com a Lei 7.990/01 (Estatuto do Policiais Militares do Estado da Bahia), a hierarquia é definida como “a organização em carreira da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura da Polícia Militar, consubstanciada no espírito de acatamento à sequência de autoridade”, enquanto a disciplina é qualificada como a “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo policial militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico”, nos termos do Art. 3º, §§ 1º e 2º, do aludido diploma legal²⁵.

Em última análise, o funcionamento com base em uma cadeia hierárquica e na unidade de comando significa que as ordens superiores devem ser respeitadas, cumpridas, desde que não sejam manifestamente ilegais, e, mais que isso, todas as decisões são submetidas àquele que se encontra no topo da pirâmide hierárquica. Tal modelo de administração permite a manutenção da ordem e estabilidade.

A submissão dos militares à hierarquia e disciplina, hodiernamente elevadas à condição de princípios constitucionais, deve ser encarada como pressuposto para a existência da democracia, das liberdades individuais e da soberania do Estado.

É em nome da Liberdade, da Democracia, que há restrições aos direitos e garantias sociais e individuais em geral dos militares. A milícia armada sem controle é perigosa, pode causar grandes danos. Os militares são admiráveis, inclusive porque abdicam de parcela de sua liberdade para garantir a nossa, a da sociedade. A liberdade de todos depende dessas restrições e da Hierarquia e da disciplina²⁶.

Em visão não divergente da apresentada por Alves-Marreiros e acima transcrita, Marcelo Weitzel Rabello de Souza ensina que os conceitos de hierarquia e disciplina deixaram de ser privativos das Forças Armadas, destinados apenas a manutenção da coesão e disciplina de um corpo armado, para se tornarem um bem jurídico instrumental, cujo fim é promover a eficiência no atuar das instituições militares nas missões que lhes foram constitucionalmente atribuídas²⁷.

Como decorrência lógica desses valores próprios da vida militar, vislumbra-se a existência de interesses especificamente militares, diretamente relacionados com as finalidades das Forças Armadas, o que inclui a garantia da ordem e paz social.

²⁵FERNANDES, Tadeu. **Estatuto do Policial Militar**. Bahia: Cidadão Legal, 2010, p. 27

²⁶ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 1000.

²⁷SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. In: **Revista do Ministério Público Militar**, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar. p. 25.

A conclusão que se chega é que a especialidade e autonomia do Direito Penal Militar decorrem da existência de bens e interesses inerentes ao militarismo, consubstanciados na preservação da hierarquia e disciplina, princípios base para a preservação das instituições militares.

A noção de bem jurídico penal está relacionada à escolha, pelo legislador, daqueles bens de maior relevância social, tutelando-os por intermédio de normas penais, a fim de efetivar sua proteção.

Coimbra Neves e Marcelo Streinfinger apontam que, na acepção genérica de bem jurídico, vários bens interessam ao Direito Penal Militar, a exemplo da vida, tutelada pelo art. 205, do Código Penal Militar, que tipifica o crime de homicídio. Contudo, enquanto bem jurídico penal militar, destacam-se a hierarquia e a disciplina, pois qualquer que seja o tipo penal militar, sempre haverá, de forma mediata ou imediata, a tutela da regularidade das instituições militares²⁸.

Assim, diante de um crime militar, quase sempre²⁹ será possível fazer uma dupla valoração quanto ao bem jurídico tutelado: um bem imediatamente protegido, a exemplo da vida no caso de homicídio (art. 205, do CPM) e da integridade física no caso da lesão corporal (art. 209, do CPM); e um bem mediatamente protegido, qual seja, a regularidade das instituições militares, baseada nos princípios da hierarquia e disciplina.

Nesse sentido, Nucci leciona que:

O Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) tutela inúmeros bens jurídicos, dentre os quais a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração da justiça etc. O Código Penal Militar tutela, igualmente, variados bens jurídicos, porém, sempre mantendo escalas: num primeiro plano, por se tratar de ramo específico do direito penal, tem por bem jurídico constante, presente em todas as figuras típicas, de modo principal ou secundário, o binômio *hierarquia e disciplina*, bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142, *caput*, CF); num segundo plano, não menos relevante, os demais, como vida, integridade física, honra, patrimônio etc. A constatação dos valores de hierarquia e disciplina, como regentes da carreira militar, confere legitimidade à existência do direito penal militar e da Justiça Militar (arts. 122 a 124, CF).³⁰

²⁸NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50

²⁹Diz-se “quase sempre” porque em alguns tipos previstos no Código Penal Militar, a exemplo do art. 187 (Deserção), art. 195 (Abandono de posto), art. 160 (desrespeito a superior), e art. 163 (Recusa de obediência), tutelam-se a própria disciplina e hierarquia militar.

³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 3

Ante as considerações feitas nas linhas pretéritas, pode-se fazer o seguinte resumo: o Direito Penal Militar é um Direito Penal especial destinado à tutela das instituições militares, o que acontece através da seleção, pelo legislador, de bens jurídicos penais militares, cuja proteção se efetiva pela tipificação de condutas que, imediata ou mediata, ferem os princípios basilares das milícias estatais: hierarquia e disciplina.

Os constitucionais princípios da hierarquia e da disciplina são indispensáveis para a manutenção e funcionamento organizacional das instituições militares. Basta observar, por exemplo, os consideráveis efetivos, em termos numéricos, que compõem as Corporações militares e indagar de que outra forma seria possível gerir essa máquina, senão com um arcabouço jurídico consistente.

É impossível dimensionar, do ponto de vista hermenêutico, a importância de tais princípios para o militarismo, mas, não à toa, o Direito Penal Militar elegeu um amplo rol de condutas não permitidas cuja proteção remonta, diretamente ou indiretamente, a preservação das instituições militares.

3. DA JUSTIÇA MILITAR: DELINEAMENTOS

Neste capítulo, trataremos de aspectos relativos à Justiça Militar no Brasil, tais como seu histórico, sua competência, sua previsão constitucional e compatibilidade com um Estado Democrático de Direito.

É importante deixar claro que, embora ligados, os temas afetos ao processo penal militar (como é o caso da competência da Justiça Castrense) e ao Direito Penal Militar não se confundem. Ainda que seja a regra, nem sempre direito substancial e adjetivo caminham juntos.

Como analisamos, ao fazer um breve histórico do Direito Penal Militar, normas que tutelavam os interesses e conflitos existentes nas instituições militares são anteriores à própria instituição de justiças castrenses.

No Brasil, a existência de matéria atinente a crimes militares precede à existência de uma justiça especializada para seu julgamento. Conforme apontamos no primeiro capítulo, nas Ordenações Filipinas já era possível encontrar dispositivo que tratava dos que “fogem das Armadas”, regulando assim a evasão dos tripulantes das embarcações das Armadas.

Mais do que isso, ainda em 1763, juntam-se às Ordenações Filipinas os Artigos de Guerra do Conde Lippe, que visavam disciplinar o exército português, prevendo, até mesmo, pena de morte por fuzilamento para determinadas condutas³¹.

Assim, percebe-se que, antes mesmo da existência de um foro especial para julgar crimes militares, o que só veio a acontecer após a chegada da Família Real, já vigorava, no Brasil, algo semelhante a um código militar, ainda que essa não fosse a denominação dada, motivo pelo qual não se pode confundir Direito Penal Militar e Direito Processual Militar.

3.1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

A história da Justiça Militar, no Brasil, inaugura-se com a chegada da Família Real nestas terras. Pouco após desembarcar no Rio de Janeiro, através do Alvará de 1º de abril de 1808, foi criado, pelo Príncipe Regente, o Conselho Supremo Militar e de Justiça. A tal órgão competia as matérias militares que, em Lisboa, cabiam aos

³¹ CÔRREA, Univaldo. **A Evolução da Justiça Militar no Brasil**. Disponível em: < <http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf> >. Acesso em: 4 maio 2018.

Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar, compondo-se por dois conselhos relativamente independentes: o Conselho Supremo Militar, que tratava de assuntos administrativos, e o Conselho de Justiça, responsável pelos processos criminais militares.³²

O Conselho Supremo Militar e de Justiça foi o primeiro órgão com jurisdição em todo o território nacional e o primeiro Tribunal Superior de Justiça do País, acumulando duas funções. A primeira, de caráter administrativo, caracterizava-se pela ação coadjuvante junto ao Governo em questões administrativas; a segunda, de caráter judiciário, visava a julgar, em última instância, os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar.

O Conselho Supremo Militar era composto de quinze membros, sendo doze Conselheiros de Guerra e do Almirantado e Vogais, mais um Ministro Relator e dois Ministros Adjuntos, todos civis, funcionando como Conselho Supremo de Justiça. Essa foi a instalação oficial do escabinato na Justiça Militar Brasileira.³³

Após a Independência, no ano de 1822, foi necessária a readequação do aparato administrativo e do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa senda, a Constituição de 1824 previu a criação de tribunais nas províncias e a instalação, no Rio de Janeiro, do Supremo Tribunal de Justiça, sem, contudo, mencionar o Conselho Supremo Militar e de Justiça ou incluí-lo na estrutura do Poder Judiciário, que se manteve, desse modo, como tribunal superior, presidido pelo Imperador, até a proclamação da República.³⁴

Em decorrência da proclamação da República, ocorrida aos 15 de novembro de 1889, foi promulgada, em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, quando o Conselho Supremo Militar e de Justiça passou a ser denominado Supremo Tribunal Militar, contudo, sem ainda integrar o Judiciário.

Além do Supremo Tribunal Militar, a Constituição de 1891 previu a existência de Conselhos de Justiça para julgar os crimes militares, em primeiro grau, por colegiados e não por juízes singulares, além da inclusão de um Tribunal Superior, que atuava em segundo grau.

Destaca Paulo Adib Casseb que:

³² CABRAL, Dilma. **Conselho supremo militar e de justiça**. Disponível em <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/301-conselho-supremo-militar-e-de-justica-1822-1889>>, Acesso em: 13 maio 2018.

³³ SEIXAS, Alexandre Magalhães. **A Justiça Militar no Brasil: estruturas e funções**. Dissertação de mestrado. - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2002. p. 36. Disponível em, <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281899>>, Acesso em: 12 maio 2018.

³⁴ CABRAL, Dilma. **Conselho supremo militar e de justiça**. Disponível em <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/301-conselho-supremo-militar-e-de-justica-1822-1889>> Acesso em: 13 maio de 2018.

Durante a vigência dessa Constituição houve calorosos debates sobre a submissão ou não de civis a julgamento perante a Justiça Militar. Rui Barbosa despontou como um dos principais críticos da extensão da jurisdição militar a civis e construiu-se jurisprudência no Supremo Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal no sentido do afastamento dos civis da jurisdição militar. Entretanto, a Constituição de 1934 admitiu, inequivocamente, a hipótese de julgamento de civis pela Especializada Castrense.³⁵

Mais do que admitir, expressamente, o julgamento de civis nos casos de crimes contra a segurança externa e contra as instituições militares, a partir da Constituição de 1934, o Supremo Tribunal Militar passou a integrar o Poder Judiciário³⁶.

Importante constar que, ainda sob a égide da Constituição de 1934 teve origem a Justiça Militar estadual, cuja organização foi autorizada pela Lei Federal nº 192, de 1936, compondo-se de Conselhos de Justiça, na primeira instância, e de Corte de Apelação ou tribunal especial, na segunda³⁷. Contudo, somente a partir da Constituição de 1946, a Justiça Militar dos estados passa a compor a estrutura do Judiciário.

Na vigência da Carta Política de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, permaneceram, na estrutura do Poder Judiciário, os Juízes e Tribunais militares, mantendo-se a possibilidade de aplicação da legislação militar e da jurisdição militar nos casos de crimes contra a segurança do Estado e as estruturas das instituições, além dos casos de grave comoção intestina, conforme o art. 170 do texto constitucional³⁸.

Ainda sobre o governo Vargas, importante destacar que, no âmbito da Justiça Militar, fato importante decorre da Lei 244, de 11 de setembro de 1936, que criou o Tribunal de Segurança Nacional, que deveria ser um órgão competente para o julgamento nos tempos de guerra, contudo, tal tribunal atuou mesmo em tempos de

³⁵CASSEB, Pauli Adib. A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dirceu Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

³⁶BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

³⁷BRASIL. **Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-192-17-janeiro-1936-501765-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 12 maio 2018.

³⁸BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

paz para processar e julgar crimes contra a segurança do Estado, gerando conflitos com a Justiça Militar.³⁹

A Constituição de 1946, nos artigos 106 a 108, fez constar a existência dos Juízes e Tribunais Militares, inserindo-os no Capítulo IV, que tratava do Poder Judiciário. À Justiça Militar competia processar e julgar os militares e as pessoas assemelhadas nos crimes militares previstos em Lei, no caso, o Código Penal Militar de 1944⁴⁰.

O § 1º, do art. 108, dessa Constituição, estendia o foro militar aos civis “nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares⁴¹.”

Importante destacar, ainda, que a Lei Maior de 1946 alterou a denominação do Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar, atendendo aos apelos de Pontes de Miranda, para quem o adjetivo “Supremo” revelava demasiada imponência.⁴²

Por fim, conforme já antecipado em linhas anteriores, a Constituição de 1946 contemplou, no âmbito da Justiça dos Estados (art. 124, inciso XII), a existência da Justiça Militar estadual, composta por conselhos de justiça, como órgãos de primeira instância e um tribunal especial ou o Tribunal de Justiça, como órgão de segunda.

Já sob a vigência do Regime Militar, o Ato Institucional nº 2 modificou significativamente a Constituição de 1946, introduzindo nela inúmeras alterações, dentre as quais, a modificação da competência da Justiça Militar para o julgamento de civis, consubstanciada na alteração promovida no já citado § 1º, do art. 108, que a partir do AI-2 passou a ter a seguinte redação: “Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares⁴³.”

³⁹ SEIXAS, Alexandre Magalhães. **A Justiça Militar no Brasil: estruturas e funções**. Dissertação de mestrado. - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2002. p. 46 e seguintes. Disponível em, < <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281899> >, Acesso em: 12 maio 2018.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 12 maio 2018.

⁴¹ Idem, Ibidem.

⁴² CASSEB, Pauli Adib. A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

⁴³ BRASIL. **Ato Institucional Nº 2**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

Como adverte Alexandre Magalhães Seixas, a partir do Ato Institucional nº 2 foi criado o conceito de “segurança nacional”, que engloba a segurança externa e interna. Como não existia uma específica lei de segurança nacional, o AI-2 tornou a Justiça Militar competente para julgar os crimes previstos na Lei 1.802/53, que define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, mantendo-se tal competência no art. 122 da Constituição de 1967.⁴⁴

O Ato Institucional nº 2 previu, ainda, o Superior Tribunal Militar como órgão competente para processar e julgar, originariamente, os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes contra a segurança militar ou as instituições militares.

Por fim, resta destacar que, ainda sob o Regime Militar, em 1969, consolidou-se, através do Decreto-Lei 1.001 e do Decreto-Lei 1.002, respectivamente, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, ainda hoje vigentes.

Da análise da evolução da Justiça Militar no Brasil, percebe-se que nem sempre ela integrou o Poder Judiciário e, mais do que isso, ainda que tenha mantido certa independência, por vezes, serviu para defender interesses políticos de classes e governantes. Contudo, em que pese fases sombrias vividas pela Justiça Castrense, indubitavelmente, hoje ela se enquadra como uma verdadeira justiça especializada no contexto de um Estado Democrático de Direito, como veremos.

3.2 JUSTIÇA MILITAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A organização e a competência da Justiça Militar estão constitucionalmente previstas nos artigos 122, 123 e 124. O primeiro enumera como órgãos da Justiça Castrense, o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares Instituídos por lei; o segundo dispõe sobre a composição do Superior Tribunal Militar; o art. 124, por sua vez, estabelece a competência dessa justiça especializada, qual seja, processar e julgar os crimes militares definidos em lei⁴⁵.

Embora os artigos 122, 123 e 124 não apontem essa especificidade, parte da doutrina entende que tais dispositivos se aplicam exclusivamente à Justiça Militar da

⁴⁴ SEIXAS, Alexandre Magalhães. **A Justiça Militar no Brasil: estruturas e funções**. Dissertação de mestrado. - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2002. p. 51. Disponível em <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281899>> Acesso em 12 maio 2018.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

União, enquanto a Justiça Militar estadual estaria disciplinada pelo art. 125 que, no § 3, dispõe:

A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.⁴⁶

Noutra senda, os §§ 4º e 5º do mesmo artigo definem a competência da Justiça Militar estadual, que será analisada, assim com a competência da Justiça Militar da União, nas linhas que seguem.

O art. 92 da Constituição enumera os órgãos do Poder Judiciário, incluindo, dentre eles, no inciso VI, os Tribunais e Juizes Militares. Assim, por expressa opção do constituinte de 1988, a Justiça Militar encontra-se incluída no âmbito do Poder Judiciário.

Ensina-nos Bernardo Gonçalves Fernandes que a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, que consiste na interpretação e aplicação das normas para resolução de conflitos, no caso concreto, com caráter de definitividade.⁴⁷

Nas palavras de Fredie Didier Júnior, que apresenta uma visão atual acerca do tema, perfeitamente aplicável ao processo penal militar:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstitutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).⁴⁸

Importa, ainda, trazer as lições de Eugênio Pacelli, para quem, como expressão do Poder Público, a jurisdição é una, de forma que, todos os atos e decisões judiciais proferidos por qualquer dos órgão investidos de jurisdição, qualquer que seja a competência do juiz ou tribunal, configuram manifestação do poder jurisdicional do Estado, aptos a produzir específicos e determinados efeitos jurídicos.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 1157.

⁴⁸ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 153.

⁴⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 205.

A competência, noutro giro, refere-se à distribuição da função jurisdicional dentre os diversos órgãos que integram o Poder Judiciário, em atenção a diversos critérios, tais como funcional, objetivo e territorial. Assim, a cada órgão investido de jurisdição é incumbida, através de lei, determinada parcela da função jurisdicional do Estado.

Nas palavras de Célio Lobão, com base na doutrina de Pontes de Miranda:

(...) jurisdição pode ser entendida como a atuação dos Juízes considerados como órgãos de um Estado, em relação a de outros, isto é, competência jurisdicional supraestatalmente distribuída, portanto, jurisdição brasileira, jurisdição argentina, jurisdição francesa, etc. Tratando-se do âmbito interno, jurisdição é empregada para repartir a função de julgar: jurisdição penal, jurisdição civil, de contencioso administrativo etc. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t, II, pág. 285).

Nessa linha de raciocínio, alguns autores distinguem jurisdição, de competência, porque a primeira refere-se ao poder de julgar atribuído em conjunto a determinada espécie de órgãos judiciais, enquanto que a última determina esse poder dentre os Juízes e tribunais, nas suas relações recíprocas.⁵⁰

Nessa senda, a partir de agora, passaremos a analisar a competência da Justiça Militar, ou seja, a “fatia” da jurisdição estatal que cabe aos órgãos dessa justiça especializada.

3.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

O art. 124, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei⁵¹. Dessa forma, cabe a lei infraconstitucional complementar o sentido da norma constitucional.

A lei que define crime militar é o Código Penal Militar, que se desincumbe de tal mister nos artigos 9º e 10, que definem, respectivamente, os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra. Não interessa, aqui, entrar em maiores detalhes a respeito do crime militar, o que será feito em capítulo próprio. Por ora, é suficiente ter em mente que, o tipo penal militar, sempre, de forma mediata ou imediata, comprometer-se-á a tutelar a regularidade das instituições militares.

Nas lições de Cícero Coimbra:

⁵⁰LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 161.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

Sem muita complexidade, a Justiça Militar da União possui, pelo desenho constitucional do art. 124, apenas uma jurisdição penal, daí caber a ela processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Claro que essa jurisdição, como já consignado, atrela-se à tutela de bens jurídicos afetos às Forças Armadas, não competindo à Justiça Militar da União, por exemplo, apreciar delito praticado contra uma instituição militar estadual.⁵²

Das lições supratranscritas, possível chegar às seguintes conclusões: (a) o art. 124 determina a competência da Justiça Militar da União, que; (b) ao contrário da Justiça Militar estadual (que julga os crimes militares estaduais e, também, ações civis decorrentes de atos disciplinares militares), apenas conhece de matéria penal; (c) a competência da Justiça Castrense Federal é *ratione materiae*, pois, está atrelada à tutela de bens jurídicos afetos às Forças Armadas.

Por se tratar de competência em razão da matéria, sustentamos que, compete à Justiça Militar da União julgar e processar os crimes militares (ou seja, aqueles que, mediata ou imediatamente, afetam as instituições militares) cometidos em detrimento das Forças Armadas, qualquer que seja o sujeito ativo, militar ou civil, ressalvadas as exceções que serão apontadas.

Essa aceção fica ainda mais evidente quando se nota que o art. 125, § 4º, da Constituição Federal, restringe a competência da Justiça Militar estadual ao processo e julgamento dos militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, exceção que não foi feita ao art. 124, *caput*, da Carta Magna.

A Justiça Militar da União é, portanto, uma justiça especializada em razão da matéria, e não da pessoa, ou seja, do sujeito ativo do crime. Desse modo, na esfera federal, o integrante das Forças Armadas é submetido à jurisdição penal militar não pelo simples fato de ser militar, mas sim por ter cometido crime militar, aplicando-se a mesma regra ao civil. Vale ressaltar, contudo, que alguns delitos são próprios dos militares.

Apenas para delinear, com maior precisão, a competência da Justiça Militar da União, sem realizar maiores incursões doutrinárias, o que, como adiantamos, far-se-á em capítulo próprio, faremos uma sucinta análise dos incisos I, II e III, do art. 9º, do Código Penal Militar, que a partir da Lei 13.491/17, passou a ter a seguinte redação:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

⁵²NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar: em tempo de paz.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 442.

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

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

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

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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

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

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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

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

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

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

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.⁵³

O inciso I trata dos crimes que apenas estão previstos no Código Penal Militar ou que, ainda que previstos na lei comum, possuam definição diversa. Nestes casos, o crime será militar, qualquer que seja o agente. É o caso, por exemplo, do ingresso clandestino, previsto no art. 302 do CPM, senão vejamos: “Art. 302. Penetrar em fortaleza, quartel, estabelecimento militar, navio, aeronave, hangar ou em outro lugar sujeito à administração militar, por onde seja defeso ou não haja passagem regular, ou iludindo a vigilância da sentinela ou de vigia⁵⁴”.

Quanto ao inciso II, necessário apontar que ele sofreu substancial modificação em decorrência da Lei 13.491/17. A redação anterior previa que seriam crimes militares “os crimes previstos nesse código, embora também o sejam com

⁵³ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 maio 2018.

⁵⁴ Idem, *Ibidem*.

igual definição na lei penal comum⁵⁵”, desde que cometidos nas circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “e”, todas relativas ao militar em situação de atividade⁵⁶ ou assemelhado, figura que não mais existe, pois os servidores civis dos Comandos militares sujeitam-se ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, não mais se submetendo a preceito de disciplina militar⁵⁷.

Assim, no caso do inciso II, somente poderia ser sujeito ativo o militar em situação de atividade, e desde que a conduta se amoldasse a um tipo previsto Código Penal Militar, ainda que também prevista no Código Penal. Como exemplo, pode-se citar o tipo de furto, que encontra previsão, tanto no Código Penal (art. 155), quanto no Código Penal Militar (art. 240). Nesse caso, o crime seria militar se, exemplificativamente, militar do Exército subtraísse o celular de um colega de farda.

De acordo com a atual redação, desde que cometido numa das circunstâncias previstas nas alíneas “a” a “e”, do inciso II, será militar qualquer crime previsto no Código Penal Militar e na legislação penal (Código Penal e leis penais extravagantes). É o caso, por exemplo, dos crimes previstos na Lei 9.455/97 (Lei de Tortura), que anteriormente, ainda que cometido por militar da ativa contra militar da ativa e em local sujeito a administração militar, não seriam julgados pela Justiça Militar da União, pois nunca seriam crimes militares, mas agora podem ser.

Por fim, o inciso III trata das possibilidades nas quais o civil, o militar da reserva ou reformado praticam condutas que encontram previsão típica tanto no Código Penal Militar, quanto na lei penal comum. Nesses casos, o crime será militar, desde que atendidas as circunstâncias das alíneas “a” a “d”, do inciso III, que, resumidamente, referem-se a condutas praticadas contra a administração militar, em locais sujeitos à administração militar ou contra militar no exercício de sua função.

Desse modo, se, por exemplo, um civil furta patrimônio sob administração militar, ou mata um soldado do Exército em local sujeito à administração militar, ou mesmo fora dele, mas desde que este esteja atuando em função de natureza militar, tratar-se-á de crime militar, processado e julgado pela Justiça Militar da União.

Note, portanto, que, ainda que se trate de delito previsto na lei comum, pode o civil cometer crime militar, submetendo-se à Justiça Castrense até mesmo em crimes

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 31.

⁵⁶A expressão “militar em situação de atividade” significa que o militar se encontra na ativa, ou seja, não está na reserva nem foi reformado. Ou seja, não se exige que esteja efetivo serviço.

⁵⁷SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 46.

dolosos contra a vida. Tal entendimento é seguido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crimes dolosos contra vida de militar:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DOLOSO PRATICADO POR CIVIL CONTRA A VIDA DE MILITAR DA AERONÁUTICA EM SERVIÇO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL: ART. 9º, INC. III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela justiça castrense, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do o art. 9º, inc. III, "d", do Código Penal Militar. 2. Habeas corpus denegado. (HC 91003, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00087 EMENT VOL-02283-04 PP-00753).⁵⁸

Assim, repetindo o que já fora dito, e consta expressamente no texto constitucional, compete à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei, que, em tempos de paz, são definidos pelo art. 9º do Código Penal Militar.

Contudo, necessário pontuar que a regra admite exceções, nos casos de crimes dolosos contra a vida de civil, que, em geral, são de competência da Justiça comum.

Antes da Lei 13.491/17, o art. 9º do Código Penal Militar, no seu parágrafo único, previa uma exceção ao julgamento de crimes militares pela Justiça Militar, nos seguintes termos:

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, se 2011)⁵⁹.

Assim, caso se tratasse de crime contra a vida de civil, ainda que cometido numa das hipóteses do art. 9º, do Código Penal Militar, o julgamento caberia à “justiça comum”, nos termos do parágrafo único supra. Excetuava-se o fato praticado no contexto do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que prevê, em seu § 2º, a possibilidade de destruição de aeronave classificada como hostil, desde que

⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS: HC 91003 BA**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757203/habeas-corporus-hc-91003-ba> > Acesso em: 14 maio 2018.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 32.

precedida de autorização do Presidente da República ou de autoridade por ele delegada⁶⁰, caso em que o julgamento cabe à Justiça Militar da União.

Com o advento da Lei 13.491/17, o parágrafo único desmembrou-se em dois. O § 1º passou a ter a seguinte redação: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri⁶¹.”

Assim, segue-se a regra anteriormente adotada, segundo a qual, os crimes dolosos contra vida de civil cometidos por militar, ainda que praticados numa das hipóteses do art. 9º do CPM, são de competência da justiça comum, mais especificamente, do Tribunal do Júri.

À primeira vista, realizando uma interpretação gramatical, parece que o legislador quis dizer que, os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares são crimes militares, mas apesar disso, submetem-se ao julgamento pelo tribunal do júri.

Noutro giro, pode-se interpretar que, apesar de ter usado a expressão “competência do Tribunal do Júri”, em verdade, o que o legislador pretendeu dizer foi: nos casos de crime militar doloso contra vida de civil cometido por militar, não haverá crime militar, mas sim comum, julgados pelo Tribunal do Júri, portanto.

Entendemos que, diante da redação do § 1º, o crime cometido nas circunstâncias do art. 9º e previsto no Código Penal Militar e, por força da Lei 13.491/17, em qualquer lei penal, continua sendo militar, cuja competência, contudo, cabe ao Tribunal do Júri.

Interpretamos de tal forma porque o legislador, expressamente, utilizou da palavra “competência”. Se pretendesse dizer que, nos casos de crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares, ainda que enquadrados nas hipóteses do art. 9º, os crimes não seriam militares, deveria ter usado outra expressão, como por exemplo: não são militares os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militar, ainda que nas circunstâncias previstas neste artigo.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm > . Acesso em: 1 jul 2018.

⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm > . Acesso em: 15 maio 2018.

Note que, como já advertimos, direito penal militar e processo penal militar, apesar de correlatos, não se confundem, de modo que, nem sempre o crime militar será julgado pela Justiça militar.

O art. 124, *caput*, da Constituição, não determina que todos os crimes militares contra bens das Forças Armadas sejam julgados pela Justiça Militar da União, mas sim que a essa justiça especializada apenas compete julgar crimes militares e mais nenhum outro.

Importante destacar que, num contexto anterior ao da atual Constituição, admitia-se que a Justiça Militar pudesse julgar crimes que não fossem militares. Sob a égide da Constituição de 1969, o § 1º, do art. 129, dispunha que o foro militar era extensível aos civis “nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”.

Tal artigo dispunha que:

Art. 129. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§ 1º Esse fôro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

§ 2º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes de que trata o § 1º.

§ 3º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar.⁶² (grifamos)

Assim, a nosso ver, o que o constituinte pretendeu, com o art. 124, *caput*, da Constituição de 1988, foi afastar da Justiça Militar, em atenção aos consectários lógicos de um Estado de Direito, a possibilidade de processar e julgar crimes que não fossem definidos em lei como militar, e não que os crimes militares fossem julgados, exclusivamente, pela Justiça Castrense.

Não se pode argumentar que apenas a Justiça Militar julga os crimes militares isso porque, a própria Constituição Federal, ao prever foros por prerrogativa de função, possibilitou que crimes militares fossem julgados por órgãos estranhos à Justiça Castrense. Importante pontuar que, nesses casos, o crime não deixa de ser militar, mas apenas não é julgado naquela justiça especializada. A respeito, acompanhem as lições de Adriano Alves-Marreiros.

Por isso mesmo, ao falarmos de crimes militares, faz-se mister deixarmos claro que a mudança de competência por critérios *ratione personae* e

⁶² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm
 Acesso em: 15 maio 2018. >

ratione muneris, inclusive de índole constitucional, não implica a mudança da natureza de certas condutas que permanecem crimes militares, mesmo que seu julgamento não se dê na Justiça Militar.⁶³

Outrossim, o parágrafo único, do art. 124, prevê que “A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar⁶⁴”, admitindo, portanto, que norma infraconstitucional trate de competência da justiça militar.

Desse modo, concluímos que, o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, numa das hipóteses do art. 9º, do Código Penal Militar, é crime militar que, contudo, submete-se ao julgamento do Tribunal do Júri.

Noutro giro, atual § 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar⁶⁵, por sua vez, apresenta uma exceção ao já excepcional § 1º, dispondo os casos em que os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares das Forças Armadas serão da competência da Justiça Militar da União, senão vejamos:

(...)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).

⁶³ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 68.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 15 maio 2018.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 15 maio 2018.

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira, para que o crime doloso contra a vida de civil cometido por militares das Forças Armadas seja de competência da Justiça Militar da União.

Exige-se, tão-somente, que a infração penal praticada pelo membro da Marinha, Aeronáutica ou do Exército tenha sido praticada no cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa ou de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante, ou, ainda, de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal, na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Lei Complementar nº. 97/99 (que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas), do Código de Processo Penal Militar e do Código Eleitoral.⁶⁶

Por ora, cabe apenas concluir que, à Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei que atentem contra bens jurídicos que, mediata ou imediatamente, digam respeito às Forças Armadas, à exceção dos crimes dolosos contra a vida de civil, cujos julgamentos competem ao Tribunal do Júri, a menos que a conduta seja praticada numa das hipóteses previstas no § 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar, caso em que, a competência é da Justiça Castrense.

3.3.1 Estrutura da Justiça Militar da União

A Justiça Militar da União é organizada pela Lei 8.457/92 que elenca como órgãos da Justiça Militar: I – o Superior Tribunal Militar; II – a Auditoria de Correição; III – os Conselhos de Justiça e; IV – os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos⁶⁷.

Ao Superior Tribunal Militar, dentre outras atribuições, compete processar e julgar, originariamente, Os Oficiais-Generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei; a representação para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato, penas acessórias previstas no Código Penal Militar; e os pedidos de *habeas corpus* e *habeas datas*, nos casos permitidos em lei.

⁶⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A lei que alterou a competência da justiça militar da união.** Disponível em, < <http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-lei-que-alterou-a-competencia-da-justica-militar-da-uniao-por-romulo-de-andrade-moreira-1508242671> >, Acesso em: 16 maio 2018.

⁶⁷ BRASIL. **LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

Necessário constatar ainda que, em que pese o art. 112, II, da Constituição ter previsto a existência de Tribunais Militares, tais órgãos não foram criados, cabendo, portanto, ao STM, atuar como órgão de segunda instância e julgar, por exemplo, as apelações e recursos das decisões de primeiro grau.

A composição do Superior Tribunal Militar decorre diretamente do art. 123 da Constituição, *in verbis*:

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar⁶⁸.

Na primeira instância, estão os Conselhos de Justiça, formados por quatro Oficiais das Forças Armadas e pela figura do Juiz Auditor, Titular ou Substituto, conforme as regras de distribuição processual. A presidência do Conselho cabe ao Oficial de maior posto, nunca inferior a Major (Exército e Aeronáutica) ou Capitão de Corveta (Marinha)⁶⁹.

Insta salientar que os oficiais das Forças Armadas componentes dos Conselhos de Justiça não são juízes de carreira, nem sequer exige-se que possuam formação jurídica.

Os Conselhos de Justiça são formados de acordo com a Força que teve o bem jurídico lesado e o posto ou graduação do réu, de modo que, nas Auditorias existem Conselhos para a Marinha, Exército e Aeronáutica, que, por sua vez, podem ser Permanentes ou Especiais⁷⁰.

Aos Conselhos Permanentes compete processar e julgar as praças em geral e os civis. São constituídos, segundo o art. 16, II, da Lei 8.457/92, “pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-

⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

⁶⁹ BRASIL. **LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

⁷⁰ Idem, *Ibidem*.

tenente ou capitão⁷¹.” A composição desse conselho muda trimestralmente, quando são sorteados novos militares para funcionarem como juízes.

Aos Conselhos Especiais, noutra senda, compete processar e julgar os oficiais até o posto de Coronel (Exército e Aeronáutica) e Capitão de Mar e Guerra (Marinha). Conforme o art. 16, I, da Lei 8.457/92, o Conselho Especial constitui-se pelo “Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade⁷²”.

Os Conselhos Especiais são formados de acordo com o posto ocupado pelo réu, que nunca poderá ser julgado por um inferior hierárquico, o que poderia vir a macular a imparcialidade da decisão. Assim, os Conselhos permanentes mudam sua composição em razão do posto ocupado pelo acusado⁷³.

Em que pese a composição sempre colegiada dos Conselhos de Justiça, chamado de “escabinato”, as atividades administrativas das Auditorias cabem ao Juiz Auditor. Outrossim, em algumas hipóteses de atividade tipicamente judiciária, os Juízes-Auditores atuam monocraticamente, a exemplo das decisões de recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, decretação de prisão preventiva, etc⁷⁴.

Noutro giro, algumas atividades são inerentes aos Conselhos, a exemplo da inquirição de testemunhas, interrogatório, decisão sobre prescrição e julgamento da causa. Importante destacar por fim, que nas decisões de direito atinentes ao colegiado e no julgamento do mérito da causa, os votos de todos os juízes, Militares e Auditor, possuem o mesmo peso⁷⁵.

Por fim, resta falar da Auditoria de Correição, órgão de fiscalização, exercida pelo Juiz-Auditor Corregedor, com atuação em todo território nacional, “cujas atribuições correccionais compreendem, fundamentalmente, o exame dos processos em andamento, dos livros e documentos existentes no juízo de primeiro grau, submetendo ao plenário do STM as irregularidades apuradas e correição”.⁷⁶

⁷¹ BRASIL. LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

⁷² Idem, *Ibidem*.

⁷³ Idem, *Ibidem*.

⁷⁴ Idem, *Ibidem*.

⁷⁵ Idem, *Ibidem*.

⁷⁶ Alexandre Magalhães Seixas. **A Justiça Militar no Brasil: estruturas e funções**. Dissertação de mestrado. - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2002. p. 67. Disponível em, < <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281899> >, Acesso em: 16 maio 2018.

3.4 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

A competência da Justiça Militar estadual encontra previsão no § 4º, do art. 125 da Constituição Federal.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)⁷⁷.

A partir da leitura do dispositivo, a primeira conclusão a que se chega é que, ao contrário da Justiça Militar da União, a Justiça Militar estadual apenas processa e julga os crimes militares cometidos por militares estaduais (Policiais Militares e Bombeiros Militares dos Estados-Membros).

Assim, em hipótese alguma, será possível que civil seja julgado pela Justiça Militar estadual, ainda que tenha cometido crime militar em afronta a uma instituição militar estadual. Dessa forma, desnecessário promover as análises feitas quando se tratou do julgamento de civis perante a Justiça Militar da União. Outrossim, nos casos de crimes dolosos contra a vida de civil, a competência sempre será do Tribunal do Júri.

A segunda conclusão possível de extrair do § 4º é a decorrente do Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ampliou a competência da Justiça Militar estadual, que passou a abranger ações judiciais contra atos disciplinares e os consequentes pedidos de indenização por danos materiais e morais deles decorrentes.⁷⁸

O § 5º, do art. 125, primeira parte, dispõe que compete ao juiz de direito do juízo militar, singularmente, processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares⁷⁹.

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

⁷⁸CASSEB, Pauli Adib. A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

Dessa forma, quando o crime militar é cometido contra civil (excepcionado os crimes dolosos contra a vida, como já apontado) compete, apenas, ao juiz de direito do juízo militar processar e julgar o fato. Temos, aqui, também, uma previsão que não encontra paralelo na Justiça Militar da União, que sempre realizará seus julgamentos por órgãos colegiados.

A parte final do § 5º dispõe que cabe ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. Ou seja, desde que o crime militar não seja cometido contra civil, exemplificativamente, tratando-se de crime militar cometido por militar estadual contra militar estadual ou contra as instituições militares estaduais, a competência será do Conselho de Justiça.

Quanto ao § 3º, do art. 125, que trata da estrutura das Justiças Militares estaduais, não faremos considerações, pois, como é possível notar, as suas respectivas estruturas e organização são incumbências de cada Estado-Membro, de modo que, não seria possível, neste trabalho, abordar o tema.

Por fim, necessário informar que, caso um militar estadual cometa um crime militar que atente contra bem jurídico das Forças Armadas, seu julgamento será realizado pela Justiça Militar da União, pois a esta compete tais crimes.

3.5 JUSTIÇA MILITAR E ESTADO DE DIREITO

Muitos são os que postulam o enxugamento da Justiça Militar. Alguns defendem que essa justiça especializada apenas deve julgar os militares, outros que apenas deve atuar em tempo de guerra e existe, ainda, aqueles que pregam a extinção da Justiça Castrense, pois seriam tribunais de exceção.

Contudo, no atual cenário, de modo algum, a Justiça Castrense pode ser vista como um juízo de exceção. Muito pelo contrário, conforme preceito constitucional expresso e já estudado, a Justiça Militar está inserida na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com sua competência devidamente limitada.

Registre-se ainda que, conforme já exposto, a competência da Justiça Castrense é em razão da matéria, e a possibilidade da Justiça Militar da União julgar civil decorre da própria Constituição Federal. Quanto à organização e estrutura da Justiça Militar, esta decorre da lei, por força do parágrafo único do art. 124 (Justiça Militar da União) e § 3º, do art. 125 (Justiça Militar estadual).

A formação de Conselhos de Justiça, formados por juiz de direito e oficiais militares, decorre, no caso das Justiças Militares estaduais, do próprio texto constitucional (art. 125, § 3º), enquanto que, nas Justiças Militares da União, encontra previsão na Lei 8.457/92, que organiza seu funcionamento.

Nas palavras de Cherubim Rosa Filho, o “escabinato” se justifica porque:

Não deve ser julgador quem não conhece a especificidade da vida a bordo de aeronaves e navios militares ou mesmo dentro de quartéis. Não deve fazê-lo porque julgar é ato de maturidade, de sensibilidade, de equilíbrio, de vivência, enfim, de bom senso.

O saber dos Juízes militares é construído pelo acúmulo de experiências adquiridas através de uma profissão que em suas energias foram consagradas, exclusivamente em servir a pátria.⁸⁰

Assim, a presença de Juízes militares, tanto em primeira, quanto em segunda instância, justifica-se em razão da tutela do bem jurídico penal militar, pois ninguém melhor que os integrantes das instituições militares para analisarem se a conduta ofendeu a integridade da Caserna e os princípios da hierarquia e disciplina.

A Constituição Federal, no art. 5º, LIII, dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Desse mandamento constitucional decorre o direito fundamental ao juiz natural, “a que é constitucionalmente atribuído o dever de prestar a tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa⁸¹”.

A respeito das justiças especializadas, Alexandre de Moraes ensina que, não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição e demais leis de organização judiciária, com o escopo de promover a divisão da atividade jurisdicional do Estado⁸².

Por todo o exposto, fica claro que a Justiça Militar não pode ser considerada uma justiça de exceção, pois integra o poder judiciário e tem sua competência e organização estabelecidas pela Constituição e por leis, a 8.457/92 no caso da Justiça Militar da União e as provenientes das respectivas Assembleias Legislativas, no caso dos Estados-Membros.

Noutra senda, percebe-se que, ainda que o Código de Processo Penal Militar seja anterior à atual Constituição, os julgamentos na Justiça Militar obedecem a

⁸⁰FILHO, Cherubim Rosa Apud SILVA, Luiz Felipe Carvalho. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. In: **Revista do Ministério Público Militar**. n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar. p. 168.

⁸¹CUNHA, Leonardo Carneiro Apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 793.

⁸²MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 94.

todos os preceitos constitucionais. O § 1º, do art. 1º do CPPM, expressamente dispõe que no conflito entre as normas do Código e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas, o que inclui, indubitavelmente, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos⁸³.

Por fim, ao fazer uma análise da legislação penal e processual penal militar em cotejo com a Constituição Federal, possível concluir que as justiças militares atendem a todos os preceitos próprios do Poder Judiciário e da persecução penal em um Estado Democrático de Direito.

Não sem motivo, Cícero Coimbra, em seu Manual de Direito Processual Penal Militar,⁸⁴ elenca como princípios processuais penais militares em espécie, a Humanidade, Legalidade, Devido processo legal, Ampla defesa e contraditório, *Ne bis in idem*, duplo grau de jurisdição, Estado de inocência, *Favor rei*, *Nemo tenetur se detegere*, Publicidade, Motivação das decisões judiciais, igualdade processual, promotor natural, dentre outros.

⁸³ BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 17 maio 2018.

⁸⁴NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar: (em tempo de paz)**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96 e seguintes.

4. DO CRIME MILITAR

Ao estudarmos o Direito Penal Militar no primeiro capítulo deste trabalho, sinalizamos que esse ramo especializado do Direito não foi criado com a finalidade de definir crimes para militares, mas proteger as instituições militares e seus objetivos constitucionais.

Assim, a tipificação de condutas que possam ser consideradas crimes militares não é o fim do Direito Penal Militar, mas um meio de tutelar os bens jurídicos militares, como também o faz o Direito Administrativo Militar, por exemplo.

Cabe ressaltar que o Direito Penal Militar é um ramo especializado do Direito Penal, estendendo-se àquele toda a principiologia e limitações inerentes a este em um Estado de Direito, a exemplo da legalidade, taxatividade e fragmentariedade.

Dada a importância que tem, por ser o cerne do Direito Penal Militar, usaremos as próximas linhas para fazer uma análise a respeito do crime militar.

4.1 DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR

Ao falarmos de crime militar, importa recordar, uma vez mais, as lições acerca do bem jurídico militar, isso porque, apenas é possível falar nessa espécie delitiva quando a conduta perpetrada, mediata ou imediatamente, atinja bem jurídico de interesse das instituições militares e suas constitucionais atribuições e, mais especificamente, os princípios da hierarquia e disciplina.

Como adverte Álvaro Mayrink da Costa, nas várias infrações que constituem um delito militar, há sempre uma lesão a um bem ou interesse jurídico pertinente ao ordenamento penal militar⁸⁵.

A bem da verdade, não existe, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, um conceito para crime militar. O art. 124 da Constituição, ao dispor que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”⁸⁶, conferiu ao legislador o mister de defini-los, o que não foi feito, até então.

O Código Penal Militar em vigência, cuja existência é anterior à atual Constituição, mas que foi por ela recepcionado, não chegou a definir o que seja o

⁸⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da Costa. **Crime militar**. 2. e.d – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 5.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 04 jul 2018.

delito militar, limitando-se a dispor, em seus artigos 9º e 10, o que se considera crime militar em tempos de paz e de guerra, respectivamente, de modo que, coube à doutrina discutir e delimitar a definição dessa espécie delitiva.

Nessa senda, Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel asseveram que, em que pesem as diversas definições sobre o crime militar, pode-se conceituá-lo, de forma simples e objetiva, conforme o critério constitucionalmente estabelecido, como sendo todo aquele definido em lei⁸⁷. Sob essa ótica, cresce em importância o critério *ratione legis* como definidor de crime militar.

Também destacando o critério constitucionalmente eleito para definir crime militar, Adriano Alves Marreiros entende que o crime somente é militar se, quando e porque estiverem presentes dois requisitos: a) que o crime esteja tipificado na parte especial do Código Penal Militar; b) que o crime seja praticado em alguma das circunstâncias previstas no art. 9º ou 10 do CPM⁸⁸.

Destaca ainda o Promotor de Justiça Militar da União, no que o acompanhamos, que não existe um terceiro critério, o processual, adotado por alguns autores, que exigem, para que seja militar, que o crime deva ser julgado na justiça militar⁸⁹.

A respeito do primeiro requisito, que o crime esteja tipificado na parte especial do Código Penal Militar, cabe ressaltar, de logo, que ele foi estendido, conforme veremos, pois, a partir da Lei 13.491/17 podem ser militares não apenas os crimes definidos no Código Penal Militar, mas também na legislação penal⁹⁰, o que inclui o Código Penal e a legislação penal extravagante.

⁸⁷ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de direito penal militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

⁸⁸ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 88.

⁸⁹ Idem, *Ibidem*.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 9 jul 2018.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

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

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

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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

Célio Lobão, não abandonando o critério legal, traz um conceito de crime militar que leva em conta, também, a constitucional destinação das instituições militares, os bens jurídicos penais militares e sua principiologia.

Nessa linha de raciocínio, em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.⁹¹

Essa definição, que leva em conta as constitucionais missões das instituições militares, sua principiologia e os bens jurídicos tutelados, é de suma importância como parâmetro balizador da atividade legislativa, pois o critério *ratione legis*, isoladamente considerado, permitiria ao legislador que cometesse arbitrariedades, no momento de eleger os tipos penais militares.

É a partir dessa definição, que leva em conta uma “natureza jurídica de crime militar”, que Célio Lobão defende que os tipos penais previstos nos artigos 141 (“Entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil”), 142 (“Tentativa contra a soberania do Brasil”), 144 (“Revelação de notícia informação ou documento”) e 145 (“Turbação de objeto ou documento”) do Código Penal Militar nele não deveriam estar presentes, pois, em verdade, são crimes contra a segurança externa do país⁹².

Em que pese o critério *ratione legis* ter sido o eleito pelo constituinte para que se defina crime militar, não é possível que o legislador aja de maneira desmedida, tipificando como crimes militares condutas que não afetem as instituições militares.

Assim, o critério *ratione legis* não é suficiente, pois, adotando-o, com exclusividade, seria possível chegar ao absurdo de considerar crime militar conduta que não guarde qualquer correlação com os interesses das instituições militares.

Como adverte Álvaro Mayrink da Costa,

(...) o único critério científico e legítimo para identificar ou caracterizar o delito militar é o que atenta para a objetividade jurídica do delito; assim, o bem jurídico, que é protegido pela lei penal e que é lesado ou posto em perigo pela ação delituosa, é, realmente, o critério *ratione materiae*, não sendo o delito militar apenas a infração do dever específico da profissão do soldado, pois isso faria com que os civis não pudessem, em qualquer

assemelhado, ou civil;

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

⁹¹LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 56.

⁹² Idem, *Ibidem*. p. 57.

hipótese, ser agentes do delito militar. Ora, os civis e os militares podem ser agentes do delito militar, desde que a infração *ratione materiae* constitua delito militar, ou seja, ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico pertinente à proteção do ordenamento penal militar. Serão aqueles bens jurídicos pertinentes ao serviço, à administração, à disciplina e à hierarquia, isto é, bens jurídicos em que se consubstancia a razão de ser das instituições militares.⁹³

Por isso, entendemos que, o critério basilar para a definição de crime militar é o *ratione materiae*, o que não exclui, todavia, o critério *ratione legis*, pois, ainda que a conduta ofenda bem jurídico inerente às instituições militares, por força do princípio da legalidade, não seria possível falar em crime sem que houvesse previsão legal.

Importa, ainda, destacar que há doutrina, como a de Enio Luiz Rosseto, que visualiza nos artigos 9º e 10 alguns critérios que classificam os crimes militares em razão da matéria (*ratione materiae*), do local (*ratione loci*), da pessoa (*ratione personae*), do tempo (*ratione temporis*) e em razão do ofício (*propter officium*)⁹⁴.

O critério *ratione materiae*, como já explicado, liga-se aos interesses próprios das instituições militares. Olhando com exclusividade para esse critério, possível mencionar o crime de deserção, (art. 187, CPM)⁹⁵, que afeta diretamente a própria administração militar.

O critério *ratione loci* leva em consideração o local do crime, como o caso do art. 9º, III, “b”, que considera militar o crime praticado por civil contra militar em local sujeito à administração militar⁹⁶.

O critério *ratione personae* leva em conta o sujeito ativo ou passivo, como nos casos do art. 9º, II, “a”, em que o crime é militar porque praticado por militar da ativa contra militar da ativa⁹⁷.

Já o critério *ratione temporis* considera o crime como militar se praticado em tempo de guerra, como é o caso do art. 10, III, “a”, que considera como crime militar o tipo previsto no Código Penal Militar, embora também o seja com igual definição

⁹³ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 5.

⁹⁴ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 106.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 04 jul 2018

⁹⁶ Idem, ibidem.

⁹⁷ Idem, ibidem.

na lei penal comum ou especial, quando praticado, qualquer que seja o agente, em território nacional ou estrangeiro militarmente ocupado⁹⁸.

Por fim, o critério *propter officium* leva em conta a função militar, a exemplo do art. 9º, III, “d”, que considera militar o crime praticado por civil contra militar da ativa em função de natureza militar⁹⁹.

Resta consignar, para que fique claro, que todos os critérios apontados não excluem o *ratione materiae* e o *ratione legis*, pois, só pode ser crime militar a conduta que, de forma mediata ou imediata, afete as instituições militares e, concomitantemente, possua expressa previsão legal.

Importa, ainda, destacar que o conceito de crime, no Direito Penal Militar, não se afasta do aplicável ao Direito Penal, isso porque, para que seja possível falar em crime militar, tem-se que ter um fato típico, antijurídico e culpável. Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel advertem, porém, que esses requisitos não são suficientes, pois é necessário verificar se o fato se ajusta a uma das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar¹⁰⁰.

Em que pese a importância da advertência acima apontada, pensamos que, na verdade, o art. 9º integra a própria tipicidade do crime militar, sendo as circunstâncias presentes nos incisos desse artigo elementares de qualquer tipo penal militar. Outra não é a visão de Alexandre Saraiva, para quem:

De qualquer sorte, as exigências contidas nesse artigo consubstanciam o primeiro passo na adequação típica de qualquer comportamento humano que se pretenda tratar como crime militar. Assim sendo, não é exagero algum advogar que essas circunstâncias são elementares do tipo¹⁰¹.

Ante o exposto, entendemos como crime militar o fato:

a) típico – composto pela conduta da qual decorre um resultado, jurídico e/ou naturalístico, que possa ser imputado ao agente e que esteja previsto no Código Penal Militar ou na legislação penal (a partir da Lei 13.491/17)¹⁰² e, concomitantemente, enquadre-se nas circunstâncias do art. 9º ou 10 do já mencionado Código;

⁹⁸ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 04 jul 2018

⁹⁹ Idem, ibidem.

¹⁰⁰ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de direito penal militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21.

¹⁰¹ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código penal militar comentado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 44.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm>. Acesso em: 4 jul 2018

b) antijurídico – não cometido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, ou por comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade (art. 42, CPM)¹⁰³;

c) culpável – cometido por agente imputável, ou seja, maior de 18 anos (art. 50, CPM), e que, no momento da ação ou da omissão, possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 48, CPM), desde que lhe seja exigível conduta diversa da praticada, não sendo nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 38, CPM), ou de estado de necessidade exculpante (art. 39, CPM)¹⁰⁴.

Não é culpável, também, a conduta perpetrada por agente em completo estado de embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 49, CPM).

4.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES MILITARES

A classificação dos crimes militares é um assunto que há muito ocupa a doutrina e gera ricos debates. Assim como a definição de crime militar, não é possível encontrar, no ordenamento jurídico, critérios consensuais para estabelecer essa classificação. O tema, contudo, possui relevância não apenas doutrinária, mas também prática, como veremos, em virtude do tratamento diferenciado que alguns dispositivos legais conferem ao crime propriamente militar.

Alguns doutrinadores, a fim de promover a classificação dos crimes militares, regressam à Roma, como é caso de Crysólito de Gusmão, para quem a definição de crimes própria e impropriamente militares baseada no direito romano é a mais aceitável, existindo poucas diferenças em relação às hodiernas definições¹⁰⁵.

Em que pese tal definição tenha por base o direito romano, não se pode dizer que essa distinção entre crime própria e impropriamente militar esteja ultrapassada na doutrina pátria, sendo ainda hoje utilizada por importantes autores, a exemplo de Célio Lobão, para quem:

¹⁰³ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁰⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁵ GUSMÃO, Crysólito de Apud LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 53.

Crime propriamente militar, como acentua Esmeraldino Bandeira, recebeu definição precisa no direito romano e consistia naquele “que só o soldado pode cometer”, porque “dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que deveria ser – o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar”, é o que deflui do Digesto, Liv. XLIX, Título XVI, L. 2: “*De remilitare. (...) Proprium militare est delictum quod quis uti admitti.*”¹⁰⁶

Já crime impropriamente militar, para Lobão, é a infração prevista no Código Penal Militar, não específica do soldado, que lesiona bens ou interesses relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições militares. Aponta, ainda, o autor que é possível distinguir três espécies de crimes impropriamente militar: os previstos apenas no diploma repressivo castrense; os definidos de maneira diversa na lei penal; e os com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal¹⁰⁷.

Conforme Coimbra Neves e Marcelo Streinfinger, essa distinção baseada no Direito Romano é chamada de “teoria clássica”, apontando ainda os autores a existência de outras, a saber: “teoria topográfica”, “teoria processual” e uma “classificação tricotômica”¹⁰⁸.

Segundo a “teoria topográfica”, os crimes propriamente militares são aqueles definidos no inciso I, do art. 9º, do Código Penal Militar, ou seja, os definidos de modo diverso na lei penal ou nela não previstos. Já os crimes impropriamente militares seriam os que se amoldam ao inciso II do supracitado artigo, ou seja, os que também encontram previsão na lei penal comum. Necessário destacar que essa proposta de classificação é anterior à Lei 13.491/17, assim como todas abordadas neste tópico.

A “teoria processual”, adotada por Jorge Alberto Romeiro, vale-se do critério processual para definir crime propriamente militar, que seria aquele “cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar ¹⁰⁹”. A contrário senso, crime impropriamente militar seria aquele cuja ação procede-se também contra civil.

¹⁰⁶ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 80.

¹⁰⁷ Idem, p. 98.

¹⁰⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar 2**. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92 e seguintes.

¹⁰⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. Apud ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 105.

Por sua vez, Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel propõem uma classificação que divide os crimes militares em três categorias: crime propriamente militar; crime tipicamente militar e; crime impropriamente militar¹¹⁰.

Nesse sentido, crime propriamente militar é o que apenas pode ser cometido pelo militar, a exemplo da deserção (art. 187, CPM)¹¹¹. Crime tipicamente militar é o que apenas encontra previsão no Código Penal Militar, independentemente de quem seja o autor, civil ou militar. Como exemplos, podem-se apontar a insubmissão (art. 183, CPM)¹¹², que é praticada por civil, o abandono de posto (art. 195, CPM)¹¹³, que somente é praticada pelo militar e o ingresso clandestino (art. 302, CPM)¹¹⁴, que pode ser cometido por civil ou militar. Por fim, crime impropriamente militar é o que encontra previsão, tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar. Destaque-se, uma vez mais, que esse critério de classificação precede à Lei 13.491/17.

Como é possível notar, a partir da teoria acima exposta, é possível que um crime, simultaneamente, se encaixe em dois critérios classificatórios, a exemplo da deserção, que é um crime propriamente militar, pois só pode ser cometido por militar, e tipicamente militar, porque apenas possui previsão no Código Penal Militar.

Importante destacar que, embora as teorias acima expostas sejam as mais utilizadas hodiernamente, outras de grande valor existem, seja na doutrina pátria, seja na estrangeira.

Clóvis Beviláqua, por exemplo, dividia os crimes militares em três categorias. Na primeira, estariam os crimes essencialmente militares, que ofenderiam as instituições militares em suas condições de vida e meios de ação, como a deserção e a insubordinação. Na segunda, os crimes militares por compreensão normal da função militar, que são delitos civis em essência, mas que assumem feição militar quando praticados por militar no exercício da função. Na terceira, os crimes acidentalmente militares, que são os cometidos por civil em tempo de guerra.¹¹⁵

Para Carlos Colombo, professor de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires, o ordenamento jurídico-penal tutela três tipos de bens: os de entidade

¹¹⁰ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23 e 24.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 4 jul 2018.

¹¹² Idem, *Ibidem*.

¹¹³ Idem, *Ibidem*.

¹¹⁴ Idem, *Ibidem*.

¹¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis Apud ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 104.

exclusivamente militar; os de entidade militar e comum e; os de entidade exclusivamente comum. Para o professor, o fundamento do crime essencialmente militar não está na condição do agente, civil ou militar, mas sim no interesse militar. Dessa forma, crime essencialmente militar é todo “acto que lesiona um bien o um interés directamente vinculado a la existencia de las instituciones armadas o a su disciplina, o a sus fines y medios de realización, conminado com una sanção por la ley o los regulamentos¹¹⁶”.

4.3 RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES MILITARES

A classificação dos crimes militares, mais do que mera discussão doutrinária, tem grande relevância prática no ordenamento jurídico brasileiro, que confere tratamento diferenciado aos crimes propriamente militares.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXI, dispõe 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”¹¹⁷. Assim, a Carta Magna, excepcionalmente, admite prisão não decorrente de flagrante delito ou decisão judicial fundamentada, nos casos de crimes propriamente militares.

O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, possui a seguinte previsão:

Art. 18. Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica¹¹⁸.

Conforme assinala Cícero Coimbra Neves, em face da disposição constitucional acima apontada, o art. 18, do Código de Processo Penal Militar, sofreu

¹¹⁶ COLOMBO, Carlos. Apud LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 54.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹¹⁸BRASIL. Decreto Lei n. 1.002., de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

considerável redução na sua aplicabilidade, de modo que, apenas se aplica aos crimes militares próprios.¹¹⁹

Célio Lobão ensina que, diante da autorização constitucional, pode a autoridade policial judiciária militar decretar a prisão do militar nos casos de crimes propriamente militares, destacando que a medida apenas pode ser imposta durante o Inquérito Policial Militar e, caso adotada, deve ser comunicada ao Juiz, que pode relaxá-la, em caso de ilegalidade.

Aponta ainda o autor que a prisão provisória do militar, nos crimes propriamente militares, possui prazo de 30 dias, prorrogável por mais 20 dias pela autoridade que a decretou, prorrogação essa que também se submete ao controle judicial. Importante destacar que essa prisão não dispensa ordem escrita e fundamentada com o motivo da prisão¹²⁰.

Esdras dos Santos Carvalho, contudo, sinaliza que, por força da Constituição de 1988, não é possível ao encarregado do Inquérito Policial Militar decretar a custódia cautelar do indiciado, mesmo nos casos de crimes propriamente militares. Caso entenda pela necessidade da prisão, deve o encarregado representar à autoridade judiciária militar competente para a decretação da prisão preventiva. Nas palavras do professor de Direito Processual Penal Militar:

(...) o que a Constituição efetivamente autorizou foi a prisão nos casos de transgressão militar (transgressão disciplinar) e pela prática de crime militar definido em lei (crime militar próprio), ainda que o autor do fato delituoso não esteja em flagrante delito e não haja ordem judicial¹²¹.

Tal entendimento parece-nos mais atento ao ordenamento jurídico pátrio, baseado no atual Texto Constitucional, isso porque, a prisão cautelar, assim como qualquer medida que restrinja a liberdade de locomoção do indivíduo, deve estar subordinada à reserva de jurisdição.

A Lei 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, prevê, no art. 2º, que “a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público¹²²”.

¹¹⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar: em tempo de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 442.

¹²⁰ LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 310 e 311.

¹²¹ CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar Numa Visão Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 70.

¹²² BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

Já a Lei 8.457/92, que organiza a Justiça Militar da União, possui as seguintes disposições:

Art. 28. Compete ainda aos conselhos:

I - decretar a prisão preventiva de acusado, revogá-la ou restabelecê-la;

II – conceder menagem e liberdade provisória, bem como revogá-las;

(...)

Art. 30. Compete ao Juiz-Auditor:

(...)

II - relaxar, quando ilegal, em despacho fundamentado, a prisão que lhe for comunicada por autoridade encarregada de investigações policiais;

III - manter ou relaxar prisão em flagrante, decretar, revogar e restabelecer a prisão preventiva de indiciado, mediante despacho fundamentado em qualquer caso¹²³.

Como é possível perceber, as leis acima citadas, todas posteriores à atual Constituição, subordinam as prisões, mesmo que anteriores ao trânsito em julgado, ao apreço do Judiciário. Nessa senda, embora o art. 18 do Código de Processo Penal Militar não tenha sido expressamente revogado, deve-se entender que ele não foi recepcionado pela Carta Magna.

Importante destacar ainda que, embora a Lei 8.458/92 permita aos Conselhos de Justiça, composto por militares e um juiz de Direito, decidirem sobre prisão preventiva, deve-se ter em mente que tais Conselhos integram o Judiciário e, nesses casos, os Oficiais das Forças Armadas atuam como verdadeiros juízes.

Dessa forma, o entendimento a ser seguido deve ser o de que, por força do art. 5º, inciso LXI, da Constituição, no caso de crime propriamente militar, ainda que o agente não esteja em situação de flagrante delito ou contra ele não tenha sido expedido, pela autoridade judiciária competente, mandado de prisão, pode a autoridade policial militar efetuar sua prisão, comunicando-a imediatamente ao juízo competente, a quem cabe decidir sobre a situação prisional. Não compete, portanto, à autoridade policial judiciária militar decretar prisão preventiva ou provisória sob nenhuma hipótese.

Quanto aos casos de transgressão disciplinar, a prisão dela decorrente, que não pode exceder trinta dias¹²⁴, não depende de determinação judicial, pois não é matéria afeita ao Direito Penal, mas sim ao Direito Administrativo Militar.

Voltando ao art. 5º, LXI¹²⁵, da Constituição, que possibilita a prisão nos casos de crime propriamente militar, independentemente da posição adotada (se é possível

¹²³ BRASIL. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹²⁴ A Lei 6.680/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, prevê no § 1º, do art. 47, que “as penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.”

ou não ser decretada prisão provisória pela autoridade de polícia judiciária militar), cremos que, crime propriamente militar deve ser entendido como aquele que só pode ser cometido por militar, guarde relação com seu dever funcional e apenas possua previsão no Código Penal Militar, isso porque, não se pode admitir que um civil, não submetido aos preceitos de hierarquia e disciplina, possa ser preso, senão em flagrante delito ou por determinação judicial.

Por último, necessário destacar mais uma diferença conferida aos crimes militares próprios no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe o Código Penal, no art. 64, II, que, para efeito de reincidência, “não se consideram os crimes militares próprios e políticos¹²⁶”.

Entendendo-se como crime militar próprio aquele que apenas pode ser cometido pelo militar, que se liga imediatamente à sua função e lesiona bens próprios da vida militar, um crime de abandono de posto (art. 195, CPM)¹²⁷, por exemplo, não seria considerado para efeito de reincidência em uma futura condenação penal, independentemente do prazo transcorrido. Parece-nos que a pretensão do legislador foi evitar que os fatos estritamente ligados à vida da caserna se comuniquem com a vida civil do militar.

Impende destacar, porém, que a recíproca não é verdadeira, pois uma condenação anterior, desde que não passado o prazo depurador, de cinco anos (art. 71, § 1º, CPM)¹²⁸ por crime comum ou militar dá ensejo a agravação da pena por conta da reincidência, ainda que a segunda condenação seja por crime propriamente militar.

Por todo o exposto, percebe-se que, embora não exista lei que estabeleça um conceito ou enumere quais sejam os crimes militares próprios, essa definição possui grande relevância prática, motivo pelo qual cresce em importância as discussões doutrinárias a respeito do tema.

¹²⁵BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 4 jul. 2018.

¹²⁶BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 4 jul 2018

¹²⁷BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 4 jul. 2018.

¹²⁸ Idem, Ibidem.

5. ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR A E LEI 13.491/17

Como já apontamos, o art. 9º do Código Penal Militar é a disposição legal responsável por delimitar, embora não conceitue, o crime militar.

Antes da Lei 13.491/17, o supramencionado artigo era estruturado em três incisos, com suas respectivas alíneas, e um parágrafo único. Os incisos dispunham as situações em que determinadas condutas seriam consideradas crimes militares, enquanto o parágrafo único trazia uma exceção, ao dispor que os crimes dolosos contra a vida de civil, ainda que cometidos em uma das hipóteses do art. 9º, seriam de competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei N.º 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que permite a destruição de aeronaves consideradas hostis.

A partir da Lei 13.491/17, o art. 9º sofreu considerável alteração, consubstanciada na modificação da redação do seu inciso II, bem como no desmembramento do já mencionado parágrafo único em dois parágrafos. Segue abaixo quadro comparativo.

Antes da Lei 13.491/17	Após a Lei 13.491/17
Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempos de paz:	INALTERADO
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;	INALTERADO
II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou	II – os crimes previstos neste Código <u>e os previstos na legislação penal</u> , quando praticados: a) INALTERADO; b) INALTERADO; c) INALTERADO; d) INALTERADO; e) INALTERADO; f) INALTERADO.

<p>reformado, ou civil;</p> <p>d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;</p> <p>e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;</p> <p>f) revogada.</p>	
<p>III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:</p> <p>a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;</p> <p>b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;</p> <p>c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;</p> <p>d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.</p>	<p>III – INALTERADO</p>
<p>Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica</p>	<p>§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida <u>e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.</u></p>
	<p>§ 2º Os crimes de que trata este artigo,</p>

quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

Ao primeiro olhar, as alterações podem parecer pequenas, contudo, na prática, as mudanças são significativas e expressivas, bem como têm causado intensos debates doutrinários.

As modificações podem ser resumidas em dois principais pontos: o primeiro, concernente ao inciso II, tem como resultado o aumento do rol dos crimes que podem ser considerados militares, que agora não se limitam aos tipos previstos no Código Penal Militar, estendendo-se também aos previstos em toda legislação penal; o segundo, que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, que continuam, em regra, sendo de competência da justiça comum (Tribunal do Júri), aumentando-se, contudo, os casos excepcionais, em que serão julgados pela Justiça Militar da União.

Nesse sentido, Cícero Robson Coimbra Neves aponta a existência de dois “eixos (vetores) principais da nova lei¹²⁹”: a) a redefinição de crime militar, que agora possui conceito mais abrangente, e; b) a pormenorização da competência da Justiça Militar da União nos crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares.

Diante da nova Lei, inúmeras são as controvérsias, dentre as quais algumas serão abordadas nas linhas subsequentes, a exemplo da constitucionalidade da alteração e qual a natureza das mudanças ocorridas, se penal ou processual, e suas consequentes implicações.

5.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/17

O advento da Lei 13.491/17, que promoveu profundas alterações no âmbito do Direito Militar, propiciou o surgimento de novas discussões, sendo intenso o debate, inclusive, sobre a constitucionalidade da Lei.

Inicialmente, cabe advertir que a Lei 13.491/17 é originária do Projeto de Lei 5.768/16¹³⁰, que, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foi alvo de substitutivo de autoria do Deputado Julio Lopes, que fez com que o Projeto fosse aprovado, na Câmara, com um art. 2º que possuía a seguinte redação: “Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada¹³¹”.

A limitação temporal justificava-se, pois se pretendia que a futura lei tivesse aplicação aos casos nos quais integrantes das Forças Armadas atuassem em eventos na garantia da lei e da ordem, mais especificamente, durante os Jogos Olímpicos de 2016.

Contudo, após longo período de tramitação no Senado Federal, o então Projeto de Lei nº 44, de 2016¹³², seguiu para sanção do presidente, que, já em outubro de 2017, vetou o art. 2º do Projeto, externando as seguintes razões:

¹²⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017**. In: Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Florianópolis, n. 126, p. 23, set./dez. 2017.

¹³⁰ Projeto de Lei 5768/2016. Informações de Tramitação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090691>> Acesso em: 6 jul 2018.

¹³¹ Redação final do Projeto de Lei N.º 5.768-A de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1475302&filename=Tramitacao-PL+5768/2016>. Acesso em: 27 maio 2018.

¹³² Projeto de Lei da Câmara nº 44, de 2016. Disponível em: <

As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição¹³³.

Apontam Henrique Hoffmann e Ruchester Marreiros, em crítica ao veto presidencial, que:

(...) A norma surgiu no contexto de emprego cada vez mais frequente das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem, para realização de patrulhamento ostensivo (atividade de Polícia Administrativa) tendo em vista a insuficiência do trabalho dos policiais militares (artigo 142, *in fine* da CF, artigo 15 da Lei Complementar 97/99 e Decreto 3.897/01). Entretanto, em razão de ajuste político, foi combinado o veto ao dispositivo para abolir o caráter transitório da norma e torná-la permanente, afastando a competência do Tribunal do Júri em relação aos membros das Forças Armadas. Ou seja, o que o Presidente da República fez foi desnaturar a Lei e usurpar competência legislativa¹³⁴.

Em que pesem as críticas, do ponto de vista formal, o veto presidencial não afronta a Constituição, isso porque, conforme é possível extrair dos §§ 1º e 2º, do art. 66, da Lei Maior, o Presidente, se entender o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, pode vetá-lo, total ou parcialmente, desde que, no último caso, vete texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.¹³⁵

No caso, o Presidente vetou a integralidade do art. 2º do Projeto de Lei, com base nas razões já transcritas. Por isso, Adriano Alves-Marreiros assegura que “o veto não merece maiores elucubrações, pode ser esquisito, mas não viola o processo legislativo¹³⁶.”

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126414> >. Acesso em: 6 jul 2018.

¹³³ Mensagem nº 402, de 13 de outubro de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-402.htm >. Acesso em: 27 maio 2018.

¹³⁴ HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional#sdfootnote24sym> >. Acesso em: 27 maio 2018.

¹³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹³⁶ ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida: um resumo**

Rodrigo Foureaux, Juiz de Direito do Estado de Goiás, apesar de entender que o § 2º, do art. 66, da Constituição foi obedecido, assinala ter havido falha na técnica legislativa, pois, conforme assevera, durante os debates nas Casas do Congresso Nacional, apenas foi discutida a questão do julgamento dos militares das Forças Armadas nos crimes dolosos contra a vida de civis pela Justiça Militar da União, sem observarem os parlamentares que estavam ampliando a competência da Justiça Castrense (referindo-se à mudança na redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar)¹³⁷.

Dessa forma, entende Foureaux haver “inconstitucionalidade formal por violação a pressuposto objetivo do ato”, pois, a alteração no citado inciso II não foi discutida no Congresso Nacional, provocando uma “aprovação cega da lei”, em oposição ao disposto nos artigos 64 e 65 da Constituição, que preveem a necessidade de discussão dos projetos de lei pelas Casas.¹³⁸

Adverte, ainda, o magistrado que a finalidade do § 2º, do art. 66, da Constituição Federal é evitar que possa o Presidente alterar o projeto de lei, desfigurando o texto aprovado pelos parlamentares, que representam a vontade do povo e dos estados, o que não foi observado no caso, pois o veto alterou o principal objetivo da norma, tornando permanente o que era pra ser temporário.

Contestando os argumentos de Rodrigo Foureaux, o Juiz Fernando Galvão, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, em artigo publicado no Observatório da Justiça Militar, aponta existir equívoco ao se afirmar a ausência de discussão sobre a alteração do conceito de crime militar, isso porque, a alteração da definição de crime militar vinha sendo discutida no Projeto de Lei 2014/2003, de iniciativa do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 132, de 2000).¹³⁹

didático da confusão que se reinicia... Disponível em: <
<http://s3.meusitejuridico.com.br/2017/11/740512c5-adriano-marreiro.pdf> >. Acesso em: 27 maio 2018.

¹³⁷ FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar**. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/12/A-Lei-1349117-e-a-amplia%C3%A7%C3%A3o-da-compet%C3%Aancia-da-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 27 de maio de 2018.

¹³⁸ Idem, *Ibidem*.

¹³⁹ GALVÃO, Fernando. **Não há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017**. disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017>. Acesso em 27 maio de 2018.

Ao observar a tramitação do Projeto de Lei 2014/2003, na Câmara dos Deputados, percebe-se que ele chegou, nessa Casa, com o seguinte teor:

Art. 1º O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

.....
Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios contra civil, serão de competência do Tribunal do Júri.” (NR)

Art. 2º A alínea c do art. 10 do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10

c) em virtude de requisição do juiz auditor ou do Ministério Público.(NR)”

Art. 3º O art. 82 do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido de um § 2º passando a § 1º o atual parágrafo único:

“Art. 82. O foro militar é especial e a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

.....
§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, na forma do disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, por militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a Justiça Militar, ouvido o Ministério Público, encaminhará os autos do inquérito policial-militar ao Tribunal do Júri. (NR)”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.¹⁴⁰

Da leitura do texto do Projeto de Lei acima transcrito, percebe-se, de fato, que a alteração na definição dos crimes militares de há muito já tramitava no Congresso.

Por esse motivo, Fernando Galvão, com razão, afirma que:

A alteração na definição de crime militar que o PL 2014 propunha e acabou por ocorrer por meio de outro projeto foi amplamente discutida, inclusive com a realização de audiência pública na Comissão de Constituição de Justiça da Câmara, da qual participei e pode ser vista na rede mundial de computadores.

O Projeto de Lei nº 5.768 da Câmara, que recebeu o nº 44 no Senado, apenas copiou o que já constava do texto do PL 2014/2003. Portanto, não houve uma inclusão sorrateira de nova redação para o inciso II.¹⁴¹

Quanto ao veto ao art. 2º do Projeto de Lei 5.768/16, que previa o caráter temporário do que viria ser a Lei 13.491/17, assegura Fernando Galvão que:

Os senadores sabiam perfeitamente o que estavam votando! Sabiam que se alterassem o projeto levariam a questão novamente ao exame da Câmara e que há urgência em aprovar as disposições do projeto em razão

¹⁴⁰ Altera os Decretos-Lei nºs 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, para redefinir a competência do foro militar. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=164730&filename=Tramitacao-PL+2014/2003>. Acesso em: 28 maio 2018.

¹⁴¹ GALVÃO, Fernando. Não há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017. Disponível em: <
<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017>>. Acesso em: 27 maio de 2018.

da situação delicada pela qual se encontra a segurança pública no Estado do Rio de Janeiro. Decidiram por aprovar o projeto e por, de fato, obrigar a um veto obrigatório do artigo da temporalidade pelo presidente da República. Se não bastasse o fato de que o projeto continha uma referência temporal ultrapassada, ainda se apresentava evidente a violação ao disposto no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição da República – que veda a instituição de juízo ou de Tribunal de Exceção. No caso, é manifestamente inconstitucional a instituição de um juízo e um Tribunal para as olimpíadas¹⁴².

A Constituição Federal, no art. 124, deixa ao encargo do legislador definir os crimes militares e a competência da Justiça Militar no julgamento de tais delitos. Dessa forma, a Lei 13.491/17 não violou qualquer preceito constitucional, apenas promoveu alteração na definição dos crimes militares (inciso II), e na competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares.

É preciso convir que a técnica legislativa não foi a mais adequada. Outrossim, a modificação no inciso II pode resultar na tipificação, como crime, militar de condutas que não guardem estrita relação com o bem jurídico penal militar, apesar do filtro de tipicidade feito pelo art. 9º do Código Penal Militar, ampliando desmedidamente o leque de tipos penais militares.

Opina Eduardo Luiz Santos Cabette que, a partir da Lei 13.491/17, a tendência seja atribuir à Justiça Militar a competência para julgar qualquer suposto delito cometido por policial militar, advertindo não ser esse o melhor direcionamento, sob pena de se criar um foro privilegiado para os crimes cometidos contra civis no contexto de atividades policiais. Por isso, entende não ser a norma inconstitucional, embora possa padecer desse vício a depender de como se realizará sua aplicação na prática forense¹⁴³.

Aury Lopes Jr. sustenta que a Lei 13.491/17 caminha no sentido oposto ao da tendência de esvaziamento da jurisdição militar, que apenas deveria se ocupar dos crimes em que existisse real afetação do interesse militar. Seguindo a crítica, o processualista penal sinaliza a falta de estrutura e condições, no âmbito da Justiça Castrense, para a investigação e julgamento de tantos crimes, advertindo ainda sobre a possibilidade de corporativismo, sobretudo, nos casos de abuso de

¹⁴² GALVÃO, Fernando. Não há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017> >. Acesso em: 27 maio 2018.

¹⁴³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes militares praticados contra civil – competência de acordo com a lei 13.491/17. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61211/crimes-militares-praticados-contra-civil-competencia-de-acordo-com-a-lei-13-491-17> >. Acesso em: 28 maio 2018.

autoridade e tortura, nos quais a percepção e valoração por parte dos militares é distinta da população civil¹⁴⁴.

Não se pode negar a pertinência das críticas apontadas, dentre as quais compactuamos com a necessidade de evitar uma interpretação extensiva dos tipos que possam ser tidos como crimes militares, sob pena de ser considerado crime militar conduta que não guarde relação com bens jurídicos ligados às instituições militares, bem como pela falta de estrutura, no âmbito da Justiça Militar, para a investigação e julgamento da absurda quantidade de casos que podem surgir.

A Lei 13.491/17 não pode ser tachada de inconstitucional. Quanto a modificação promovida no inciso II, o legislador apenas ampliou o que pode ser definido como crime militar, amparado no art. 124 da Constituição Federal.

De igual maneira, entendemos que os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militar e enquadrados numa das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar são crimes militares, e, por isso, ainda que a regra seja afastar seu julgamento da Justiça Militar (§ 1º), não há inconstitucionalidade em seu julgamento por essa justiça especializada, em casos excepcionais.

Ambas as competências, do Tribunal do Júri e da Justiça Militar, estão sediadas na Constituição e, ainda que se trate de crime doloso contra a vida, desde que cometido nas hipóteses do art. 9º, do Código Penal Militar, tratar-se-á de crime militar, admitindo seu julgamento pela Justiça Castrense.

O que o art. 124 da Constituição Federal¹⁴⁵ faz é delimitar a competência da Justiça Castrense, não sendo possível que julgue crime que não seja militar, ainda que possa o legislador, como fez no agora § 1º, do art. 9º, do Código Penal Militar, conferir essa competência ao Tribunal do Júri, admitindo, contudo, exceções (§ 2º, art. 9º, do CPM¹⁴⁶).

Lembre-se ainda que, em casos de foro por prerrogativa de função expressamente previstos na Constituição, como é o caso do julgamento de magistrados estaduais pelos respectivos Tribunais de Justiça, a competência do

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Limite penal: lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri> >. Acesso em: 28 maio 2018.

¹⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

Tribunal do Júri é afastada. Trata-se, portanto, de mera forma de organizar e distribuir a jurisdição estatal dentre os órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que inclui a Justiça Militar da União, que passa a julgar os crimes dolosos contra a vida não só de militar, mas também de civil, desde que em uma das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar e em um dos contextos do § 2º do mesmo artigo.

A lei exprime a vontade do legislador que, em um Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada. Não é possível afastar a aplicação de uma lei ou rotulá-la de inconstitucional por não gostar de seu conteúdo ou consequências.

Por óbvio, cabe ao operador do direito a interpretação da lei, de modo a não permitir que esse legítimo instrumento venha acobertar arbitrariedades. Desse modo, será o dia a dia na prática forense, bem como as construções doutrinárias que possibilitarão a justa aplicação da Lei 13.491/17.

5.2 NATUREZA E CONSEQUÊNCIAS DA LEI 13.491/17

Como não poderia deixar de ser, a partir da novel Lei, iniciaram-se intensos debates. Uma das maiores inquietações diz respeito à natureza da Lei 13.491/17, se penal ou processual, e suas respectivas consequências.

Os mais inquietos já arriscam expor suas considerações, o que se faz necessário, pois a Lei já está em vigor e é preciso que se regule sua aplicação, sem que, contudo, seja possível apontar um ponto de vista predominante. Por força do objetivo final deste trabalho, também aqui, o inquietante e ainda impreciso tema terá que ser enfrentado.

Amparado nas impressões de Cícero Robson Coimbra Neves, é possível visualizar a Lei 13.491/17 sob um duplo aspecto, o que o autor chama de “eixos (vetores) da nova lei”¹⁴⁷, o primeiro referente à redefinição de crime militar e o segundo relativo à pormenorização da competência da Justiça Militar da União.

À primeira vista, portanto, as alterações promovidas pela Lei 13.491/17 possuem duplo aspecto: penal e processual. O aspecto penal diz respeito à alteração do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, que passa a possibilitar que qualquer tipo penal previsto no ordenamento jurídico brasileiro seja crime militar,

¹⁴⁷NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 23, set./dez. 2017.

desde que a conduta seja praticada em uma das hipóteses previstas no referido inciso.

Já o caráter processual diz respeito aos parágrafos do art. 9º, que definem, como regra (§ 1º), que os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares sejam de competência do Tribunal do Júri, a exceção (§ 2º) dos cometidos por militares de Forças Armadas: (I) no cumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro da Defesa; (II) ação que envolva a segurança das instituições militares ou de missão militar, ainda que não beligerante; (III) atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária.

Para Jorge César de Assis, a Lei 13.491/17 é híbrida, com modificações de caráter penal e processual. A seu ver, o caráter essencialmente penal diz respeito à ampliação do leque dos crimes militares, que agora abarcam os tipos da legislação penal comum. Noutra giro, o caráter processual possui dois aspectos: o primeiro diz respeito à previsão da competência do Tribunal do Júri; o segundo decorre na nova classificação do crime anteriormente comum para militar e o consequente deslocamento de competência para a Justiça Militar.¹⁴⁸

Vladimir Aras, acertadamente, assevera que:

No que diz respeito às normas de competência, a Lei aplica-se aos inquéritos e às ações penais em curso. No que tange à nova definição de crimes militares, vale a regra da irretroatividade, especificamente no tocante à inovação do inciso II do art. 9º do CPM.¹⁴⁹

Expostas essas ideias iniciais, repita-se: entendo que a Lei 13.491/17 deve ser analisada num duplo aspecto: a) penal, relativo ao inciso II, do art. 9º, e; b) processual, relativo aos §§ 1º e 2º. Justamente por isso, os dois aspectos serão analisados, de maneira separada, a fim de facilitar a explanação.

Inicialmente, analisar-se-á o aspecto processual da Lei 13.491/17, que cremos residir nos §§ 1º e 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar. Em seguida, em

¹⁴⁸ ASSIS, Jorge César de. **A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações.** Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es> >. Acesso em 29 de maio de 2018.

¹⁴⁹ ARAS, Vladimir. **As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017.** Disponível em: < <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/> >. Acesso em: 28 maio 2018.

capítulo próprio, será procedida a análise a respeito da nova redação do inciso II desse artigo.

5.3 O ASPECTO PROCESSUAL DA LEI 13.491/17

Conforme apontado acima, os aspectos processuais presentes na Lei 13.491/17 dizem respeito aos agora §§ 1º e 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar, que já foram anteriormente abordados, quando tratamos competência da Justiça Militar (Capítulo 3), de modo que, as linhas que seguem são complementares ao que anteriormente já se discutiu.

O art. 9º se presta a dispor em que circunstâncias os tipos previstos na parte especial do Código Penal Militar e, a partir da Lei 13.491/17, em toda legislação penal, são considerados militares.

Logo, da leitura do § 1º, a conclusão a que se chega é a seguinte: a conduta praticada nas circunstâncias do art. 9º, e que, concomitantemente, encontra previsão no Código Penal Militar ou em qualquer lei penal, é crime militar, cuja competência, contudo, cabe ao Tribunal do Júri, quando se tratar de crime doloso contra a vida de civil e cometido por militar.

Interpretamos de tal forma porque o legislador, expressamente, utilizou da palavra “competência”. Se pretendesse dizer que nos casos de crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares, ainda que enquadrados nas hipóteses do art. 9º, os delitos não seriam militares, deveria ter se expressado de outra maneira, por exemplo: “não são militares os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militar, ainda que nas circunstâncias previstas neste artigo”.

Ora, o Código Penal Militar prevê crimes dolosos contra a vida, a exemplo da figura do homicídio (art. 205). O art. 9º, inciso II, nas alíneas “b”, “c” e “d”, prevê hipóteses em que o crime praticado por militar da ativa contra civil é considerado militar¹⁵⁰. Logo, um homicídio, por exemplo, cometido por militar da ativa contra civil, em local sujeito à administração militar, é crime militar, mesmo antes da Lei 13.491/17.

Em que pese se tratar de crime militar, preferiu o legislador que tais crimes não fossem julgados pela Justiça Castrense, inserindo, no Código Penal Militar,

¹⁵⁰ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

regra de competência, matéria de direito processual, portanto. Ainda que não seja a melhor técnica, sem dúvida, é eficiente, pois atinge o fim almejado, qual seja: evitar que crime doloso contra vida de civil seja julgado pela Justiça Militar.

O § 2º, por sua vez, excepciona a regra, de modo que, os crimes dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, numa das hipóteses do art. 9º (crime militar, portanto), serão de competência da Justiça Militar, desde que cometidos num dos seguintes contextos: (I) no cumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro da Defesa; (II) ação que envolva a segurança das instituições militares ou de missão militar, ainda que não beligerante; (III) atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária.¹⁵¹

Ainda que o rol de exceções pareça grande, a principal razão da excepcionalidade aparenta ser o uso recorrente das Forças Armadas em ações de segurança pública, mais especificamente, nas Ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Evitar-se-ia, assim, que os militares federais fossem julgados por leigos em assuntos militares, que não entendem o funcionamento dessas operações.

Há, contudo, quem veja a inovação legislativa de maneira negativa, a exemplo de Leonardo Marcondes Machado, para quem:

Frise-se que o suposto “rol taxativo de hipóteses” (excepcionais?), inaugurado pelo § 2º, do artigo 9º, do CPM, apresenta, na verdade, uma amplitude linguística que se presta a qualquer situação de (ab) uso. É plenamente possível, com base apenas nesse dispositivo, sem filtragem constitucional ou convencional, à semelhança do que já ocorre com a (des) cautelaridade processual da prisão preventiva do artigo 312 do CPP, toda sorte de violações aos direitos e garantias individuais¹⁵².

Em que pese a contundência das críticas, sobretudo, no que diz respeito a um possível “corporativismo” nos julgamentos de crimes cometidos por militares contra civis, a previsão de competência da Justiça Castrense para julgamento de crime doloso contra vida de civil não soa desarrazoada diante do ordenamento jurídico. Por força do art. 15, § 7º, da Lei Complementar 97¹⁵³, a atuação do militar em Ação de Garantia da Lei e da Ordem é considerada atividade militar para os fins do art.

¹⁵¹ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁵² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Lei 13.491/2017 reforça militarização da segurança pública e da Justiça Penal**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/academia-policial-lei-134912017-reforca-militarizacao-seguranca-publica-justica-penal> >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁵³ BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm >. Acesso em: 4 jul 2018

124, da Constituição Federal, portanto, não parece estranho que crimes cometidos, nesse contexto, sejam julgados pela Justiça Militar.

Importante destacar que a exceção apenas se aplica aos militares federais, não abarcando policiais e bombeiros militares, que continuam a ser julgados, nos crimes dolosos contra vida de civil, pelo Tribunal do Júri, sem exceção.

Deixando de lado essas críticas, que são mais políticas que jurídicas, voltemos à discussão quanto à natureza dos §§ 1º e 2º, do art. 9º do Código Penal Militar.

Em que pese nosso posicionamento, de que tais parágrafos possuem natureza processual, outros existem, como é o caso do pensamento expresso pelo Promotor de Justiça Militar da União Adriano Alves-Marreiros, para quem os §§ 1º e 2º não trazem uma regra de competência, mas sim uma regra de direito material redigida de maneira pouco técnica¹⁵⁴.

Alves-Marreiros, valendo-se de interpretação conforme a Constituição, entende que os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militares, deixam de ser militares, exceto nos casos do § 2º. Assim, “onde se diz ‘serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto’, leia-se: serão crimes militares”¹⁵⁵.

Conclui-se, portanto, que, para o supramencionado Promotor de Justiça Militar da União, no caso do parágrafo § 1º, trata-se de crime comum, enquanto nos casos do § 2º, estaríamos diante de crime militar. Em que pese a coerência da técnica, que, inclusive, evita que se tenha regra de direito processual em diploma de direito material, pedimos vênias para, no caso específico, proceder a interpretação gramatical, e entender tratar-se de regra de competência.

Não parece correto supor que uma conduta que, simultaneamente, (a) encontre previsão típica no Código Penal Militar, ou em qualquer lei penal (a partir

¹⁵⁴ ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.)**. Disponível em: < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/> >. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁵⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada.)**. Disponível em: < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/> >. Acesso em: 29 maio 2018.

da Lei 13.491/17), e; (b) se enquadre em uma das situações do art. 9º, do Código Penal Militar, não seja um crime militar.

Em linha de raciocínio similar com a aqui adotada, leciona Cícero Robson Coimbra Neves:

Avaliando a nova redação, tem-se em primeiro plano a ratificação de que o crime doloso contra a vida de civil, enquadrado em uma das hipóteses do art. 9º, é um crime militar que, em algumas situações, é processado e julgado pelo Tribunal do Júri ou, se assim não se concluir, os incisos do novo § 2º são inconstitucionais em cotejo com o disposto no art. 124 da Constituição Federal, já que estaria atribuindo a essa Justiça Especial a competência para processar e julgar crimes não militares¹⁵⁶.

Poder-se-ia argumentar, adotando-se o entendimento segundo o qual se trata de lei material, que nos casos de crime dolosos contra a vida, quando a vida em questão fosse de um civil, perdido estaria o interesse do Direito Penal Militar. Não cremos que seja o caso, pois, ao prever crimes dolosos contra a vida no Código Penal Militar, consagrou-se a tutela de tal bem jurídico como de interesse penal militar.

Outrossim, seria incoerente pensar que todos os crimes cometidos por militar contra civil, numa das hipóteses do art. 9º, seriam crimes militares, a exceção dos crimes dolosos contra a vida. Assim, uma lesão corporal cometida por militar contra civil em local sujeito à administração militar seria crime militar, mas o homicídio não. Qual a lógica do raciocínio se ambas as condutas encontram previsão típica militar?

Por todo o exposto, entende-se que os §§ 1º e 2º, do art. 9º, do Código Penal Militar trazem regras de competência, o primeiro afastando os crimes militares dolosos contra a vida de civil da Justiça Militar, o segundo atraindo a competência da especializada castrense.

5.3.1 Consequências do Aspecto Processual

Como consequência do § 2º inserido no art. 9º, do Código Penal Militar, os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares das Forças Armadas em uma das situações previstas nos incisos do referido parágrafo passam a ser julgados pela Justiça Militar da União.

¹⁵⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 24, set./dez. 2017.

O processo e julgamento, nesses casos realizar-se-á, seguindo o rito estabelecido no Código de Processo Penal Militar, pelo Superior Tribunal Militar ou pelos Conselhos de Justiça, Especiais ou Permanentes, da Marinha, Exército ou Aeronáutica, a depender do posto ou graduação ocupado pelo réu, bem como da Força a que pertença, conforme disposto na Lei 8.457, que regula a organização da Justiça Militar da União¹⁵⁷.

A título de exemplo, se um Cabo do Exército, atuando em uma Ação de Garantia da Lei e da Ordem, no Estado do Rio de Janeiro, vem a matar um civil, o processo e julgamento da causa realizar-se-á perante o Conselho Permanente de Justiça Para o Exército de uma das Auditorias da 1ª Circunscrição Judiciária Militar.

Por força do art. 5º do Código de Processo Penal Militar, que possui redação semelhante ao Código de Processo Penal ao regular o tema, as normas processuais aplicam-se a partir da sua vigência, inclusive, nos processos pendentes, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior¹⁵⁸. Assim, consagra-se, também, no processo penal militar, o princípio do *tempus regit actum*.

Como já advertimos, adota-se aqui o entendimento de que, ainda que previsto no Código Penal Militar, o disposto no § 2º, do art. 9º, por tratar de competência, é verdadeira norma processual, aplicando-se dessa forma, o princípio do *tempus regit actum*.

Como consequência, nos casos de homicídio (art. 205, CPM), ou provocação direta ou auxílio a suicídio (art. 207, CPM), cometido por militar contra civil, desde que em uma das hipóteses do § 2º, ainda que cometidos antes da Lei 13.491/17, os autos devem ser deslocados para a Justiça Militar da União.

Importante destacar que o deslocamento, apenas, poderá ocorrer nos crimes acima citados, pois são os únicos crimes dolosos contra a vida previstos no Código Penal Militar e, portanto, os únicos que podiam ser considerados crimes militares antes da vigência da Lei 13.491/17.

Conforme explicaremos mais adiante, as condutas não tipificadas no Código Penal Militar, cometidas em momento anterior à vigência da Lei 13.491/17, não podem ser consideradas crimes militares, mesmo depois da vigência dessa Lei, isso

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Decreto Lei n. 1.002., de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

porque, não possuíam natureza de delito penal militar, não podendo haver transfiguração dessa natureza pela simples superveniência da novel Lei.

Assim, os crimes de infanticídio e aborto, por exemplo, cometidos antes da Lei 13.491/17, não podem ser considerados crimes militares, pois não possuíam previsão no Código Penal Militar e, portanto, não podem ser julgados pela Justiça Castrense. Contudo, em razão da alteração promovida no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, a partir da nova Lei, tais crimes podem ser militares e, conseqüentemente, julgados pela Justiça Militar, se cometidos em uma das hipóteses previstas no § 2º.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA REDAÇÃO DO INCISO II, DO ART 9º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Entendemos, como já dito, que o aspecto penal presente na Lei 13.491/17 está na alteração da redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, que ampliou o leque de tipos penais militares, que agora passam a ser não apenas os previstos no mencionado Código, mas também aqueles presentes em toda lei penal¹⁵⁹, o que inclui o Código Penal e a legislação penal extravagante.

A análise do inciso II é, sem dúvida, um dos pontos mais importantes para o presente trabalho, justamente porque foi a modificação nele realizada que propiciou os debates acerca da possibilidade de aplicação dos tipos previstos na legislação penal especial, como a “Lei de Drogas”, aos casos envolvendo interesses e bens jurídicos afetos às instituições militares.

Contudo, ainda não é o momento de abordarmos essa temática específica. Por ora, apenas serão analisados, de maneira geral, os aspectos referentes à modificação realizada no inciso II.

Conforme a nova redação do inciso II, do art. 9º, consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal, desde que praticados em uma das circunstâncias previstas nas alíneas desse inciso, o que ampliou o rol dos tipos penais militares.

6.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, necessário proceder algumas observações que, conforme cremos, não serão objeto de maiores controvérsias, pois se tratam de constatações imediatas, que não dizem respeito diretamente à natureza da norma inserida no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, pela Lei 13.491/17, ponto onde ainda existe indeterminação.

A primeira delas é que poderão ser considerados militares apenas os crimes previstos na lei penal comum, o que não inclui as contravenções penais, isso porque, o inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar apenas fala em crimes, sejam os

¹⁵⁹ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

previstos nesse Código ou os dispostos na legislação penal como um todo, inexistindo contravenção penal militar.

Outrossim, como aponta Cícero Robson Coimbra Neves, o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar e os artigos que preveem os crimes em espécie não foram revogados, o que leva a concluir que os crimes militares existentes apenas no Código Penal Militar ou que nele se encontrem tipificados de maneira diversa da legislação penal continuam a ser crimes militares e “com subsunção marcada apenas pelos elementos típicos da Parte Especial do Código Castrense.” Como exemplos, o autor aponta os crimes de violência contra inferior (art. 175, CPM), violência contra superior (art. 157, CPM), e tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290, CPM)¹⁶⁰.

Desse modo, os tipos que preveem crimes tipicamente militares continuam em vigência e sequer é preciso analisar eventual conflito com tipos previstos na legislação penal, vez que não existe.

Aponta, ainda, Cícero Robson Coimbra Neves que o inciso III, do art. 9º, muito embora não tenha sido diretamente alterado pela Lei 13.491/17, foi afetado de maneira reflexa, pois faz remissão ao inciso II para definir seu “espectro de aplicação”¹⁶¹, de modo que, o militar da reserva, ou reformado, bem como o civil, podem incidir nos agora crimes militares previstos fora do Código Penal Militar, desde que o faça em uma das condições previstas nas alíneas do inciso III.

No mesmo sentido, Adriano Alves-Marreiros:

Logo, se o civil praticar um crime compreendido no Inciso II, isto é, previsto no CPM ou na legislação penal, como está na nova redação, e esse crime se der em alguma hipótese das alíneas “a” a “d” do inciso III do artigo 9º, esse crime também será crime militar (para tratar dos civis não era necessário mexer no inciso III, mas apenas nos incisos a que este se referia. E ele se referia ao II, que foi modificado). Então, respondendo objetivamente à pergunta, após essa breve explicação, os CIVIS podem cometer crimes militares não previstos na parte especial do CPM, isto é, previstos na legislação penal comum.¹⁶²

¹⁶⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017.** In: Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Florianópolis, n. 126, p. 23, set./dez. 2017.

¹⁶¹ Idem, p. 24.

¹⁶² ALVES-MARREIROS, Adriano. **Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança que ocorreu— tratando agora do caput do inciso II e suas consequências. Lei 13.491/2017. (o velho truque das perguntas e respostas para comentar uma nova Lei).** Disponível em: < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/11/2pdf-titulo-perguntas-e-respostas-lei-13491.pdf> >. Acesso em: 01 jun 2018.

Por fim, uma observação que parece ter passado despercebida por alguns: toda vez que o legislador criar um tipo penal, seja no Código Penal, seja na legislação penal extravagante, a conduta que se subsuma a esse tipo e, concomitantemente, seja cometida em uma das circunstâncias previstas no art. 9º, do Código Penal Militar, será crime militar.

Segundo Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar da União, a inovação legislativa “criou uma cláusula de permanente atualização da definição de crime militar impróprio, para fazer incorporar no seu alcance a legislação penal como um todo¹⁶³”.

6.2 UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO: DELITOS MILITARES POR EXTENSÃO

Como já abordado, a doutrina há muito se esforça para realizar a classificação dos crimes militares, dividindo-os, em duas categorias: crime militar próprio e crime militar impróprio. A divisão também pode ser tricotômica, a qual preferimos: crime tipicamente militar, crime propriamente militar e crime impropriamente militar.

Diante da nova redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, necessário saber em qual critério classificatório se encaixam os tipos previstos na legislação penal, mas não no Código Penal Militar.

Sem dúvida, tais crimes não poderão ser considerados como tipicamente militares, vez que esses são os que apenas encontram previsão no Código Penal Militar. Também não poderão ser classificados como propriamente militares, pois, como já dito, o inciso III do art. 9º, do Código Penal Castrense faz remissão ao inciso II, de modo que também podem ser cometidos por civis, restando dúvida apenas quanto a possibilidade de figurarem entre os crimes impropriamente militares.

Esses novos tipos penais militares foram designados por Cícero Robson Coimbra Neves de “crimes militares extravagantes”, vez que se encontram tipificados fora do Código Penal, devendo conhecer a classificação de crimes impropriamente militares, inclusive, para possibilitar a reincidência no caso de o

¹⁶³ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos**. Palestra proferida no “Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar”, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf> >. Acesso em: 02 jun 2018.

autor, posteriormente, vir a cometer um crime comum, nos termos do inciso II, do art. 64, do Código Penal¹⁶⁴.

Contudo, como bem aponta Jorge Cesar de Assis, os tipos previstos na legislação penal, que não possuam previsão no Código Penal Militar não podem ser conceituados como crimes militares impróprios, pois esses são os que, de forma concomitante, possuem previsão na legislação penal comum e no Código Penal Castrense. Mais do que isso, também não podem ser chamados de crimes militares extravagantes,

(...) porque o termo, no vernáculo, significa aquilo que está fora do uso geral, habitual ou comum; estranho, excêntrico e, em que pese a categoria destes novos delitos militares não estar contida no Código Penal Militar, a ele se liga por extensão, quando o fato delituoso for cometido por militar e se adequar a uma das hipóteses do inciso II do referido art. 9º.¹⁶⁵

O inciso II e o inciso III, ambos do art. 9º, do Código Penal Militar, integram a tipicidade do crime militar, de modo que, as circunstâncias nesses incisos presentes são elementares do tipo penal militar.

De acordo com a redação dada pela Lei 13.491/17 ao inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, para que um tipo previsto na legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante), seja considerado crime militar, necessária que a conduta seja praticada em uma das circunstâncias previstas nas alíneas do inciso II (sujeito ativo militar), ou do inciso III (sujeito ativo militar da reserva, reformado ou civil).

Por esse motivo, para as condutas que se subsumam aos tipos localizados fora do Código Penal Militar e que sejam cometidas em uma das circunstâncias descritas no seu art. 9º, melhor seguir a classificação proposta por Ronaldo João Roth, que os considera “crimes militares por extensão”¹⁶⁶, inaugurando assim uma nova categoria de crime militar.

Nas palavras do autor:

¹⁶⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 23, set./dez. 2017.

¹⁶⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. **A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações**. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹⁶⁶ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 29, set./dez. 2017.

Essa modificação legislativa implicou na criação de uma *nova categoria* de crimes militares, permitindo que doravante classifiquemos os crimes militares, com base no art. 9º do CPM, da seguinte forma: 1) crimes militares próprios, que são os previstos exclusivamente no CPM; 2) crimes militares impróprios, aqueles que se encontram dispostos dentro do CPM, mas também estão previstos com igual definição na lei penal comum; 3) crimes militares por extensão, que estão previstos fora do CPM, ou seja, exclusivamente na legislação penal comum, mas que se caracterizam como de natureza militar pela tipicidade indireta construída pela conjugação do tipo penal comum com uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM.¹⁶⁷

Embora concordemos com a designação dada à nova categoria de crime militar proposta pelo autor, preferimos dividir, doravante, os crimes militares em quatro, acrescentando à classificação tricotômica proposta por Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel¹⁶⁸ os crimes militares por extensão. Dessa forma, tem-se:

- 1) Crimes propriamente militares – apenas pode ser cometido pelo militar;
- 2) Crime tipicamente militar – possui previsão somente no Código Penal Militar ou nele está tipificado de maneira diversa;
- 3) Crime impropriamente militar – possui, com igual definição, previsão no Código Penal Militar e na legislação penal, e;
- 4) Crime militar por extensão – apenas possui previsão na legislação penal, mas não no Código Penal Militar.

6.3 NATUREZA DO INCISO II, DO ART. 9º

Após a publicação da Lei 13.491/17, ao se referirem à mudança operada no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, muitos têm falado em “ampliação da competência da Justiça Militar”, contudo, não creio que seja essa a expressão mais adequada, pois, a Justiça Castrense continua a julgar apenas crimes militares, à exceção das ações judiciais contra atos disciplinares militares, no âmbito da Justiça Militar estadual, o que já ocorre desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.¹⁶⁹

O que mudou, ao alterar a redação do inciso II, do art. 9º, não foi a competência da Justiça Militar, mas sim o rol dos crimes militares, que foi expandido.

¹⁶⁷ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 36, set./dez. 2017.

¹⁶⁸ CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23/24.

¹⁶⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm > Acesso em: 4 jul 2018.

Se houve ampliação da competência, tal decorre tão somente em relação aos crimes dolosos contra vida de civil, nos moldes do art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar.

Como ensina Jorge Cesar de Assis, o legislador originário do Código Penal Militar adotou um modelo de tipificação indireta para o crime militar, segundo o qual, primeiro se analisa se o fato possui previsão típica no mencionado Código para, em seguida, subsumi-lo a uma das hipóteses do art. 9º.¹⁷⁰

O art. 9º do Código Penal Militar possui a função de definir quais os crimes militares em tempo de paz. O inciso II, mais especificamente, define os crimes impropriamente militares e, a partir da Lei 13.491/17, os crimes militares por extensão. Nesses casos, ao contrário do que ocorre com os crimes tipicamente militares, não é suficiente a adequação da conduta ao tipo, sendo também necessário que a conduta seja cometida em umas das circunstâncias previstas no inciso II.

Vejamos o que, acertadamente, adverte Carlos Frederico de Oliveira Pereira:

O que realmente importa a caracterizar o comportamento como crime militar, nas situações do artigo 9º, II, não é exatamente o tipo incriminador, mas as próprias situações definidas nessa norma de extensão. São as situações da norma de extensão do artigo 9º que definem o que realmente é atentatório à hierarquia e à disciplina militar.¹⁷¹

Em razão do exposto, defendemos que o inciso II, do art. 9º, é elementar do tipo nos casos de crimes impropriamente militares e militares por extensão, pois não presente nenhuma das circunstâncias nele elencadas, impossível falar em crime militar.

Necessário observar que, não sendo praticada a conduta numa das circunstâncias elencadas no inciso II, do art. 9º, ela não deixa de ser típica, pois encontra previsão na lei penal (Código Penal ou legislação penal extravagante), apenas não poderá ser crime militar, embora possa ser crime comum.

¹⁷⁰ ASSIS, Jorge César de. **A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações.** Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es> >. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁷¹ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos.** Palestra proferida no “Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar”, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf> >. Acesso em: 02 jun 2018.

Como consectário lógico, o inciso II, do art. 9º, é norma substantiva e, portanto, no tocante à alteração nele promovida pela Lei 13.491/17, apenas é possível concluir tratar-se de norma de natureza penal.

Existe, contudo, pensamento em sentido diverso, como, por exemplo, o exposto por Rodrigo Foureaux, para quem a alteração promovida pela Lei 13.491/17, no inciso II, do art. 9º, em que pese ter ocorrido no Código Penal Militar, por ter alterado a competência da Justiça Militar, possui natureza processual, tratando-se de norma heterotópica¹⁷².

Data vênia, por tudo que até agora já foi exposto, impossível concordar com Rodrigo Foureaux. Mais acertado parece o posicionamento de Fernando Galvão, para quem a alteração promovida pela Lei 13.491/17, no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, é de natureza material, que sequencialmente produz efeito secundário processual¹⁷³, qual seja, o julgamento dos crimes militares por extensão na Justiça Castrense.

6.4 CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO DO INCISO II, DO ART. 9º

As consequências da alteração promovida no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar são as mais diversas e formam o ponto de maior divergência entre os que se arriscam a tecer comentários sobre a modificação legislativa. As opiniões variam não apenas no que diz respeito à conclusão que se chega quanto à natureza da norma, mas também quanto às consequências possíveis a partir da vigência da Lei 13.491/17, mesmo para aqueles que comungam a ideia de que seja norma substantiva.

¹⁷² FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar.** Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/12/A-Lei-1349117-e-a-amplia%C3%A7%C3%A3o-da-compet%C3%Aancia-da-Justi%C3%A7a-Militar> >. Acesso em: 2 jun 2018.

¹⁷³ GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar.** Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqueritos-e-processos-em-curso-na-Justiça-Comum-para-a-Justiça-Militar> >. Acesso em: 2 jun 2018.

6.4.1 Deslocamento dos processos para Justiça Militar

Para Rodrigo Foureaux, como já mencionamos, a norma possui natureza processual e, para os que assim pensam, acertado concluir, como faz o Juiz de Direito do Estado de Goiás, que a aplicação deve ser imediata, por força do art. 5º do Código de Processo Penal Militar, assim como do art. 2º do Código de Processo Penal.¹⁷⁴

Sob essa ótica, não haveria repercussões de ordem material, como, por exemplo, questões referentes à aplicação da Lei Penal no Tempo, mas tão somente o imediato deslocamento da competência para a Justiça Militar de todos casos que se enquadrem na nova redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, mesmo nas hipóteses de processos já em andamento, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*.

Há aqueles que, mesmo entendendo que a alteração no inciso II, do art. 9º, possui natureza penal, defendem a imediata remessa de todos os autos para a Justiça Militar.

Tal é o entendimento expresso por Carlos Frederico de Oliveira Pereira que, embora entenda que a alteração no inciso II, do art. 9º, tenha ampliado o conceito de crime militar (o que entendemos ter natureza penal), defende a imediata declinação de competência em favor da Justiça Militar, mesmo nos casos anteriores à Lei 13.491/17, ressalvada a observância da ultratividade ou retroatividade da lei penal mais benéfica. Justifica ainda que:

Não existe aí qualquer ofensa ao princípio da legalidade, porquanto não houve criação do tipo incriminador, ou seja, não houve descontinuidade típica. Esta já existia. Simplesmente alterou-se o órgão da Justiça Federal competente para julgá-lo, deslocando-se o caso da Vara da Justiça Federal comum, para a Vara da Justiça Militar Federal, ou seja, a Auditoria da Justiça Militar. O raciocínio é o mesmo para a Justiça Militar Estadual.¹⁷⁵

Essa não parece a melhor solução para o caso, pois termina por confundir a natureza penal do art. 9º do Código Penal Militar com a competência da Justiça

¹⁷⁴ FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/12/A-Lei-1349117-e-a-amplia%C3%A7%C3%A3o-da-compet%C3%Aancia-da-Justi%C3%A7a-Militar> >. Acesso em: 2 jun 2018.

¹⁷⁵ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos**. Palestra proferida no “Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar”, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf> >. Acesso em: 2 jun 2018.

Militar para processar e julgar tais crimes, o que nem sempre ocorre. Nas palavras de Adriano Alves-Marreiros:

(...) a mudança foi na Lei Penal. O conceito de crime militar é um assunto de direito material. Natureza de crime militar não deve ser confundida com competência. No entanto, como regra geral, ser crime militar implica ser julgado por uma justiça militar. Assim, acaba tendo, quase sempre, consequência processual. Por tal motivo a questão da aplicação da Lei 13.491/2017, aos crimes anteriores à sua vigência, deve ser analisada de forma híbrida: 1) Deve prevalecer, obviamente, o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e 2) O princípio processual do *tempus regit actum* deve ser mitigado de forma a que institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado não possam prevalecer (vejam, por exemplo, que o artigo 90A da Lei 9.099 veda a aplicação desta já justiça militar, o que pode prejudicar, já que é uma norma processual que acaba tendo consequência penal).¹⁷⁶

A alteração promovida pela Lei 13.491/17, no inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar é, repita-se, norma de natureza penal e, apenas reflexamente, produz efeito processual, qual seja o julgamento dos crimes militares por extensão na Justiça Militar. Nesse sentido, adverte Fernando Galvão:

A norma alterada pela Lei 13.491 que nos ocupa a atenção (inciso II do art. 9º do CPM) é de natureza material, que sequencialmente produz efeitos secundários de natureza processual. A doutrina já identificou as normas de natureza híbrida, nas quais se pode identificar tanto aspectos materiais e quanto processuais. Contudo, no caso da alteração produzida pela Lei 13.491, pode-se constatar que o efeito processual somente se apresenta quando há a caracterização do crime militar. O efeito processual depende da concretização do aspecto material da norma.

(...)

Tal observação se torna importante nos casos de processos relativos a condutas praticadas antes da entrada em vigor da nova lei. No momento da realização da conduta, se o crime em tese praticado era comum, e não militar, é necessário avaliar se a retroatividade da lei penal que o transforma em militar é possível. Isto porque havendo sucessão de leis penais, a retroatividade somente é possível quando beneficiar o sujeito (art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar). E o Código Penal Militar esclarece que para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato (art. 2º, § 2º).¹⁷⁷

Em que pese concordarmos que a norma possui natureza penal e que apenas reflexamente interfere na competência da Justiça Castrense, desde que configurado

¹⁷⁶ ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida: um resumo didático da confusão que se reinicia.** Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2017/11/740512c5-adriano-marreiro.pdf> >. Acesso em: 3 jun 2018.

¹⁷⁷ GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquiridos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar.** Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inquiridos-e-processos-em-curso-na-Justiça-Comum-para-a-Justiça-Militar> >. Acesso em: 2 jun 2018.

o crime militar por extensão, não comungamos com a possibilidade de deslocamento de processos em curso para essa justiça especializada nos casos de crimes praticados antes da vigência da Lei 13.491/17, mas apenas para os fatos supervenientes.

Em resumo, não é possível o julgamento, na Justiça Castrense, de crimes não previstos no Código Penal Militar, os agora crimes militares por extensão, quando cometidos em momento anterior à vigência da Lei 13.491/17.

Ao contrário de Fernando Galvão, entendemos não ser possível a transformação de crime comum em crime militar, vez que, em última análise, têm-se naturezas delitivas diversas. Não se trata de mera análise a respeito da aplicação da lei penal ou penal militar no tempo, mas da própria natureza do crime (comum ou militar), que não pode ser modificada.

Como já falamos, ao analisar o bem jurídico penal militar, quase sempre, será possível realizar uma dupla valoração quanto ao bem jurídico tutelado: um imediatamente protegido, como é o caso da vida (art. 205, do CPM), e outro mediamente protegido, qual seja, a regularidade das instituições militares, baseada nos princípios da hierarquia e disciplina.

No que tange aos crimes militares por extensão, o raciocínio é perfeitamente aplicável, pois, concomitantemente, são elementares típicas: as condições do inciso II, do art. 9º (que representam o bem mediamente tutelado, vez que tais condições se ligam aos interesses das instituições militares), e o tipo previsto na legislação penal (bem imediatamente tutelado). Por isso, antes da Lei 13.491/17, os tipos não previstos na parte especial do Código Penal Militar não podiam ser crimes militares, pois tutelavam bens jurídicos que, na visão do legislador, não diziam respeito às instituições militares.

Em que pese os tipos previstos na legislação penal já existirem como crimes autônomos, não podiam configurar crime militar, pois a norma do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar não lhes era extensível. Assim, em verdade, não existia o tipo penal militar por extensão e, por consequência, antes da Lei 13.491/17, impossível falar em crime militar por extensão, por força do princípio da legalidade.

A lei penal militar tem sua aplicação no tempo balizada, conforme se depreende do art. 5º, do Código Penal Militar, pela teoria da atividade, segundo a

qual, considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão¹⁷⁸. Assim, um crime que não era militar ao tempo do fato não pode, supervenientemente, mudar sua própria natureza de comum para militar.

Não se trata, repita-se, da simples análise acerca da aplicação da lei penal militar no tempo, mas sim da própria natureza do crime. Antes da lei 13491/17, por expressa vontade do legislador penal militar, os tipos não previstos no Código Penal Militar não podiam ter natureza de crime militar, em obediência ao critério *ratione legis*.

Por isso mesmo, as condutas que se amoldam a tipos não previstos no Código Penal Militar, ainda que cometidas em uma das circunstâncias do seu art. 9º, mas em momento anterior à vigência da Lei 13.491/17, não podem ser julgadas pela Justiça Militar. Se a conduta não era crime militar ao tempo do fato, crime militar não é (com o perdão da redundância), e, portanto, impossível seu julgamento na Justiça Castrense, por expressa impossibilidade constitucional.

Por fim, importante destacar que, do ponto de vista prático, a linha de raciocínio neste trabalho sugerida evita o inconveniente deslocamento dos processos em curso da Justiça Comum para a Justiça Militar que, sem dúvida, ao menos por ora, não possui estrutura suficiente para suportar a demanda que surgiria, caso adotado pensamento contrário ao exposto.

6.4.2 Aplicação de regras penais gerais e processuais estranhas ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar

Necessário analisar, nos casos de crimes militares por extensão, a possibilidade de aplicação de normas gerais estranhas ao Código Penal Militar, bem como de institutos processuais não existentes no Código de Processo Penal Militar, mas previstos no Código Penal, no Código de Processo Penal e nas legislações extravagantes.

Adiantamos de logo que, mesmo com o advento da Lei 13.491/17, impossível a aplicação de instrumentos processuais não previstos no Código de Processo Penal Militar ou de regras gerais não previstas no Código Penal Militar aos crimes militares, ainda que por extensão.

¹⁷⁸ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

O Código de Processo Militar serve para o processamento de crimes militares e, mesmo com a ampliação de tais crimes, continua sendo aplicável, nesses casos, apenas esse Código, sem a possibilidade de aplicação de regras processuais nele não contidas.

Os crimes militares por extensão, como crimes militares que são, devem ser processados na Justiça Militar, seguindo o procedimento a ela inerente, cuja previsão se encontra disposta no Código de Processo Penal Militar, que no art. 1º dispõe: “O processo penal militar rege-se-á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe for estritamente aplicável¹⁷⁹”.

Como bem assinala Cícero Robson Coimbra Neves, a nova redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, dispõe sobre a legislação penal comum, mas não abarca os institutos de processo penal comum.¹⁸⁰

Ressalve-se, contudo, as hipóteses de omissão do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual, por força do disposto no art. 3º, alínea “a”, é possível a incidência da “legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar”¹⁸¹, o que deverá ser analisado caso a caso.

Dessa forma, mesmo nos julgamentos de crimes militares por extensão, devem-se seguir as regras emolduradas no Código de Processo Penal Militar, salvo os casos omissos.

Partindo para análise do aspecto penal, mister constatar que, ao promover a alteração do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, a Lei 13.491/17 importou para a legislação penal militar apenas os tipos penais previstos na legislação penal comum, o que inclui somente os seus preceitos primários e secundários, sem abarcar, por consequência, regras gerais estranhas e incompatíveis com Código Penal Castrense.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto Lei n. 1.002., de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

¹⁸⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 27, set./dez. 2017.

¹⁸¹ BRASIL. Decreto Lei n. 1.002., de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

Assim, aplica-se, também nessas hipóteses, raciocínio semelhante ao relativo às normas procedimentais. Os crimes militares por extensão são crimes militares, motivo pelo qual, aplicam-se lhes as normas gerais do Código Penal Militar.

Para chegar a conclusão semelhante a acima exposta, Ronaldo João Roth toma como base o art. 12 do Código Penal, que veda a aplicação da Parte Geral desse Código a fatos incriminados por lei especial se esta dispuser de maneira diversa¹⁸².

Perfeito o raciocínio, pois, como já vimos, os tipos previstos na legislação penal comum apenas serão crimes militares por extensão se cometidos numa das hipóteses dos incisos II ou III, do art. 9º, do Código Penal Militar, de modo que, em última análise, é esse Código que incrimina a conduta como militar.

Necessário, contudo, discordar de Ronald João Roth quando conclui pela impossibilidade de aplicação de penas não previstas no art. 55 do Código Penal Militar, sob pena de incidir em hibridismo legislativo¹⁸³, isso porque, como já sinalizamos, houve a importação dos tipos penais previstos na legislação penal comum, o que inclui os preceitos primários e secundários, esses responsáveis pela cominação da pena, que, por extensão, se ligam ao Código Penal Militar.

Analisando outro aspecto, prevê o art. 121, do Código Penal Militar, que “a ação penal somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público da Justiça Militar¹⁸⁴, de modo que, os crimes militares são de ação pública incondicionadas, a exceção do disposto no art. 122.

Art. 122. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende da requisição do Ministério Militar a que aquele estiver subordinado; no caso do art. 141, quando o agente for civil e não houver coautor militar, a requisição será do Ministério da Justiça.¹⁸⁵

Desse modo, também nos crimes militares por extensão, a ação será pública incondicionada, ainda que o Código Penal ou eventual lei penal extravagante disponha de maneira diversa, pois, repita-se, apenas foram incorporados, por

¹⁸² ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 34, set./dez. 2017.

¹⁸³ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 34, set./dez. 2017.

¹⁸⁴ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 4 jul 2018

¹⁸⁵ Idem, Ibidem.

extensão, ao Código Penal Militar, os tipos penais, de modo que, aos crimes militares por extensão, se aplica a Parte Geral do Código Penal Militar.

Diante do exposto, necessário concluir que, por se tratarem de crimes militares, ainda que por extensão, deve-se seguir, nesses casos, as regras próprias do Direito Penal Militar e Processual Militar, ramos autônomos do Direito e com características próprias, que se justificam em virtude da especialidade.

7. USO E TRÁFICO DE DROGAS E DIREITO PENAL MILITAR

O uso e o tráfico de drogas são temas há muito discutidos, que afetam não apenas a sociedade brasileira, mas constituem um problema de ordem global, sendo o foco de debates não apenas na esfera jurídica, mas também, na área da medicina, psicologia, política, etc.

Desde as primeiras sociedades, o ser humano convive com o uso de drogas, sendo o ópio e a *cannabis*, exemplificativamente, utilizados desde o ano 3.000 antes de Cristo, sendo a criminalização de condutas relacionadas ao uso de substâncias entorpecentes consequência da evolução das sociedades e de suas questões culturais, políticas e econômicas¹⁸⁶.

Ainda à época do Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas já possuíam, no Livro V, Título 89, a seguinte disposição: “nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamónea, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, usar do ofício¹⁸⁷”. Ao longo do tempo, sucederam-se diversas outras disposições legais relativas à proibição de uso e comércio de drogas, a exemplo do Decreto 20.930, de 1932, responsável por fiscalizar o emprego e o comércio de substâncias tóxicas entorpecentes, bem como regular a sua entrada no país¹⁸⁸, e do revogado art. 281 do Código Penal.¹⁸⁹

Hodiernamente, no Brasil, é a Lei 11.343/06 a responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; estabelecer normas para repressão, e; definir crimes relativos à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.¹⁹⁰

¹⁸⁶ PINTO, Marcos José. **O usuário de entorpecentes nas justiças comum e militar**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 46.

¹⁸⁷ LUISI, Luiz Apud RIBEIRO, Maurides de Melo. **A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, Ano 24, n. 286, set./2016, p. 5.

¹⁸⁸ BRASIL. **Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> >. Acesso em: 9 jul 2018.

¹⁸⁹ Art. 281. Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros. (BRASIL. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm > . Acesso em: 9 jul 2018.)

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <

Contudo, no ordenamento jurídico pátrio, não apenas a Lei 11.343/06 possui previsões relativas a crimes ligados às drogas, pois, o Código Penal Militar tipifica o tráfico, posse ou uso, bem como a receita ilegal de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, conforme dispõem os artigos 290 e 291 do referido diploma.¹⁹¹

A tipificação de condutas relativas às drogas na seara do Direito Penal Militar, sobretudo no que diz respeito ao uso e tráfico, possui grande relevância diante da significativa incidência desses casos na Justiça Militar.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 6 jul 2018.

¹⁹¹ Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Receita ilegal

Art. 291. Prescrever o médico ou dentista militar, ou aviar o farmacêutico militar receita, ou fornecer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar, para uso de militar, ou para entrega a êste; ou para qualquer fim, a qualquer pessoa, em consultório, gabinete, farmácia, laboratório ou lugar, sujeitos à administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Casos assimilados

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I - o militar ou funcionário que, tendo sob sua guarda ou cuidado substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em farmácia, laboratório, consultório, gabinete ou depósito militar, dela lança mão para uso próprio ou de outrem, ou para destino que não seja lícito ou regular;

II - quem subtrai substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou dela se apropria, em lugar sujeito à administração militar, sem prejuízo da pena decorrente da subtração ou apropriação indébita;

III - quem induz ou instiga militar em serviço ou em manobras ou exercício a usar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

IV - quem contribui, de qualquer forma, para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em quartéis, navios, arsenais, estabelecimentos industriais, alojamentos, escolas, colégios ou outros quaisquer estabelecimentos ou lugares sujeitos à administração militar, bem como entre militares que estejam em serviço, ou o desempenhem em missão para a qual tenham recebido ordem superior ou tenham sido legalmente requisitados. (BRASIL. Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 6 jul 2018)

A “Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase”, revela que o tráfico, posse ou uso de entorpecentes (art. 290, do CPM), foi o quarto crime de maior incidência na Justiça Militar, no período de 2002 a 2012, representando 7,1% do total de casos, atrás apenas da deserção (art. 187, do CPM), que representa 24,9%; estelionato (art. 251, do CPM), referente a 10,2% dos crimes denunciados; e furto (art. 240, do CPM), que motivou 7,2% das denúncias.¹⁹²

Antes da Lei 13.491/17, dado o caráter especial do Código Penal Militar, vinha-se aplicando aos crimes relacionados ao uso e tráfico de entorpecentes em área sujeita a administração militar os dispositivos nesse Diploma presentes, predominando o entendimento segundo o qual os crimes militares de drogas não estavam sujeitos ao Sisnad.¹⁹³

Nesse sentido, a Súmula nº 14 do Superior Tribunal Militar: "Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União".¹⁹⁴

Como bem sinaliza a supratranscrita Súmula, a inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes de drogas em locais sujeitos à Administração Militar decorre da própria especialidade da legislação militar. Deve-se ter em mente que, nesses casos, mais do que a saúde pública, também se tutela, enquanto bem jurídico, a regularidade das instituições militares.¹⁹⁵

Neste capítulo, far-se-á uma breve síntese a respeito do tema no âmbito da Justiça Castrense, abordando o tratamento conferido ao uso e tráfico de drogas em área sujeita à administração militar antes da vigência da Lei 13.491/17, sobretudo no que diz respeito à aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), nesses casos.

¹⁹² BRASÍLIA, Distrito Federal. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase**. Disponível em: < https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cabcb189e0bd2dde8e19d39640f46dd5 >. Acesso em: 7 jul 2018.

¹⁹³ GALVÃO, Fernando. **Novos crimes militares de drogas**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 7 jul 2018.

¹⁹⁴ BRASÍLIA, Distrito Federal. **Súmulas**. Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul 2018.

¹⁹⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1309.

7.1 LEI 11.343/06: CONTEXTUALIZAÇÃO

A Lei 11.434/06 decorreu da necessidade de reforma integral da anterior legislação sobre drogas (Lei 6.368/78), dada sua defasagem conceitual e operacional, que vinha sendo debatida no Congresso Nacional desde o início da década de 90. Os posicionamentos pendiam desde a crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos que previam medidas despenalizadoras e descriminalizantes, até o diagnóstico pelo incremento da punitividade.¹⁹⁶

Indubitavelmente, dentro do ordenamento jurídico, a Lei 11.343/06 apresenta visão mais atual sobre a questão das drogas, sobretudo no que diz respeito à instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), cuja finalidade é articular, integrar, organizar e coordenar atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.¹⁹⁷

Expostas as finalidades do SISNAD, é possível depreender que os objetivos do Sistema se dividem em dois grandes campos, a saber: prevenção do uso indevido de drogas e repressão da produção e tráfico ilícito.¹⁹⁸

Em face desse duplo aspecto, de um lado a prevenção ao uso de drogas, e, do outro, a repressão à produção e tráfico ilícito, a Lei 11.343/06 dispensa tratamentos penais distintos, caso se trate de usuário ou traficante. Tal distinção representa o ponto central de divergência entre legislação penal e Código Penal Militar, que, criminaliza, num mesmo dispositivo (art. 290), as condutas relativas a quem trafica e apenas tem a droga para uso pessoal.

Insta consignar que a Lei 6.368/78 já distinguia o usuário do traficante, conferindo-lhes reprimendas diversas. A conduta do primeiro se enquadrava no tipo previsto no art. 16, que cominava pena de detenção de seis meses a dois anos¹⁹⁹,

¹⁹⁶CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

¹⁹⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

¹⁹⁸ ROCHA, Eduardo Biserra. O novo sistema de políticas sobre drogas e o artigo 290 do CPM. Aspectos relevantes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano X, nº 63, janeiro/fevereiro de 2007, p. 30.

¹⁹⁹ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-

enquanto ao segundo a sanção prevista era a reclusão de três a quinze anos, conforme o art. 12²⁰⁰, além de multa, em ambos os casos.

A Lei 11.343/06, contudo, dispõe de tratamento ainda mais diferenciado em relação às condutas relativas ao uso e tráfico de drogas, apenas prevendo pena privativa de liberdade para o segundo caso.

A posse de droga para consumo pessoal encontra previsão no art. 28 da Lei 11.343/06, que comina, para esses casos, as penas de: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade, e; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Dispõe, ainda, o § 6º, que em caso de descumprimento dessas medidas, pode o juiz submeter o agente, sucessivamente, à admoestação verbal e multa²⁰¹, inexistindo a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

As condutas relacionadas ao tráfico e produção de drogas, por seu turno, estão tipificadas no art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena de reclusão de cinco a quinze anos e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.²⁰²

Percebe-se que, em relação à legislação anterior, a produção e o tráfico de drogas receberam tratamento penal ainda mais severo, enquanto que, em relação ao uso, a nova Lei de Drogas ruma pelo caminho da prevenção, através de atividades que buscam a atenção e reinserção do usuário de drogas à sociedade. Conforme Salo de Carvalho:

(...) a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.²⁰³

multa. (BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.)

²⁰⁰ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.)

²⁰¹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 8 jul 2018.

²⁰² Idem, *Ibidem*.

²⁰³ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

Salienta ainda o autor que, as novas respostas punitivas da Lei 11.343/06 em relação ao comércio de entorpecentes não apenas mantém a criminalização, como também aumentam substancialmente as penas, enquanto diminuem as hipóteses de incidência de substitutivos penais, em que pese a crítica criminológica relativas ao fracasso da guerra às drogas. Noutra senda, em relação ao consumo pessoal, mantem-se o sistema proibicionista, enclausurando usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista.²⁰⁴

Diante dessa nova realidade legal, que prevê severa pena restritiva de liberdade aos traficantes e penas restritivas de direitos e medidas educacionais aos usuários, questionou-se se houve a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.

A tese de que houve descriminalização decorre da literalidade do texto do art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal, segundo o qual, crime é a infração penal punida com pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente, com a pena de multa; enquanto contravenção é a infração penal punida com prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.²⁰⁵ Dessa forma, como ao usuário de drogas não se impõe pena de reclusão ou detenção, não seria possível falar em crime nesses casos.

No sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/06 descriminalizou a conduta relativa ao uso pessoal de drogas, embora não a tenha legalizado, Jorge Cesar de Assis assegura que:

Mudou-se, assim, apenas a natureza da norma. A conduta permanece ilícita. Não houve legalização. Temos uma punição híbrida: por um lado, não se pode admiti-la como pena administrativa, pois imposta por órgão com poder jurisdicional; por outro, não se pode conceituá-la como pena criminal, pois “crime” é conduta típica, ilícita e culpável a que se comina pena, de forma primária, de reclusão ou detenção, cumulada ou não, com multa. Lembremos que a substituição da pena, como a própria denominação denota, é hipótese secundária e condicional de imposição de sanção.²⁰⁶

Salo de Carvalho, em sentido oposto, adverte que, no caso da Lei 11.343/06, não houve descriminalização do porte para consumo, isso porque, o art. 28 mantém as condutas dos usuários criminalizadas, apenas alterando a sanção prevista,

²⁰⁴ Idem, p. 119/120.

²⁰⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.

²⁰⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 888.

impossibilitando, mesmo nos casos de reincidência, a pena de prisão. Segundo o autor, Não é satisfatória a tese de não se tratar de crime apenas em face do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, isso porque, a Constituição de 1988, posterior ao LICP, redefiniu o conceito de delito, prescrevendo, para além da privação e restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI), ampliando, assim, as hipóteses sancionatórias.²⁰⁷

Em sentido que não destoia do acima apresentado, Ricardo Antonio Andreucci entende não ter havido descriminalização da posse de drogas para consumo próprio, mas apenas diminuição da carga punitiva com a fixação de pena, ainda que não privativa de liberdade.²⁰⁸

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007) entendeu que, o tratamento dispensado ao possuidor de drogas para consumo pessoal pelo art. 28 da Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*. A conduta continua sendo crime, tendo ocorrido apenas a despenalização, cuja característica marcante é a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.²⁰⁹

Dessa forma, tem prevalecido o entendimento de que o porte de drogas para consumo pessoal continua sendo crime, sem que, contudo, seja-lhe aplicável pena privativa de liberdade, caracterizando assim uma medida despenalizadora.

Para encerrar esse breve tópico, importante destacar que da leitura dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06, percebe-se a similitude entre verbos presentes nas duas disposições, de modo que, o que diferencia a conduta do usuário da do traficante e, conseqüentemente, do tratamento legal conferido, é a finalidade do agir. Nesse diapasão, dispõe o § 2º, do art. 28, que para determinar se a droga era destinada a consumo pessoal, o juiz deve levar em consideração a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se

²⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

²⁰⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235.

²⁰⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Informativo**. Brasília, 30 de abril a 4 de maio de 2007 - Nº 465. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>>. Acesso em: 8 jul 2018.

desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.²¹⁰

Nesse sentido, Salo Carvalho leciona que, o diferencial entre as condutas e que será fator de radical mudança na forma de punição é o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), conforme a elementar subjetiva do art. 28.²¹¹

7.2 APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Como já sinalizado, o Código Penal Militar possui dois dispositivos referentes à tipificação de condutas relativas a crimes envolvendo drogas: o art. 290, que criminaliza atos ligados ao tráfico e posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica; e o art. 291, que diz respeito à prescrição ilegal das mesmas substâncias.²¹²

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, a receita ilegal, art. 291, *caput*, é crime próprio, cujo sujeito ativo somente pode ser o médico militar, dentista militar ou farmacêutico militar, tendo por sujeito passivo a sociedade e, secundariamente, a instituição.²¹³

Interessa-nos, contudo, a análise do art. 290, que trata do uso, tráfico e posse de drogas em lugar sujeito à administração militar, pois tais condutas compõem ponto central para este trabalho, que serão analisados em cotejo com as disposições da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não nos deteremos na análise do art. 291.

O núcleo do art. 290, do Código Penal Militar, possui onze verbos (receber; preparar; produzir; vender; fornecer; ter em depósito; transportar; trazer consigo, ainda que para uso próprio; guardar; ministrar, e; entregar), bastando que o

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.

²¹¹ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

²¹² BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 7 jul 2018.

²¹³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 446.

agente pratique qualquer das condutas discriminadas acima para que se considere cometido o crime.²¹⁴

Trata-se, ademais, de norma penal em branco, que depende de complemento normativo apto a delimitar o que se possa considerar “substância entorpecente”, para que seja possível a aplicação do tipo penal. No caso, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde, a responsável pela regulamentação das drogas, o que faz através da Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998.²¹⁵

Acompanhando as lições de Enio Luiz Rosseto, entendemos tratar-se de crime cuja objetividade jurídica é a saúde pública, mas que também, subsidiariamente, tutela a disciplina militar, pois o tipo penal possui a elementar “lugar sujeito à administração militar”²¹⁶, exigindo que a conduta seja praticada nesse contexto para que esteja configurado o crime militar.

Depreende-se da leitura do *caput* do art. 290, que a reprimenda penal, nesses casos, somente é cabível se a conduta for perpetrada em lugar sujeito à administração militar. Nos casos assimilados, previstos nos incisos I, II, e III, do § 1º, embora não se exija que as condutas sejam praticadas na caserna, percebe-se que há estrita relação com atividades e deveres militares, pois, pune-se, respectivamente, a conduta do militar que fornece substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar; do militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no *caput*, e; de quem (militar ou civil), forneça, ministre ou entregue, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.²¹⁷

Em relação às figuras do *caput* e do inciso III, do § 1º, pode ser sujeito ativo qualquer pessoa. Quanto aos incisos I e II, do mesmo parágrafo, exige-se do agente a condição de militar da ativa. Por fim, na forma qualificada, hipótese do § 2º, o

²¹⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 889.

²¹⁵ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html > Acesso em: 9 jul 2018.

²¹⁶ ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 968.

²¹⁷ BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001, de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.

sujeito ativo deverá ser farmacêutico, médico, dentista ou veterinário, sem constar a exigência de que sejam militares.²¹⁸

Ao contrário da Lei 11.343/06, que tipifica em dispositivos diversos as condutas relativas ao uso e ao tráfico de drogas, conferindo-lhes tratamento legal diverso, o Código Penal Militar, num único dispositivo (art. 290), comina a mesma pena: reclusão de até cinco anos, para o traficante e o usuário. Conforme Enio Luiz Rosseto, tal sistemática acompanha a lógica do Decreto-Lei nº 385/1968, que equipara as condutas de traficar e trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, e se encontra defasada em relação à legislação especial de drogas.²¹⁹

Em sentido similar, Marcos José Pinto encara o art. 290, do Código Penal Militar, como uma previsão típica defasada, merecedora de urgente reparo pelos legisladores, pois não faz nenhuma distinção entre traficante e usuário, pelo contrário, equipara-os.²²⁰

Diante dessa aparente desproporcionalidade no tratamento dispensado ao usuário de drogas pela legislação penal militar, vinha-se discutindo, mesmo antes da Lei 13.491/17, a possibilidade de aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas.

Nessa senda, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streinfinger já sinalizavam a importância de pôr em discussão o entendimento segundo o qual, para os casos de consumo próprio, mesmo que a conduta se enquadrasse ao art. 290, do Código Penal Militar, esta deveria ser subsumida ao art. 28, da Lei 11.341/06, em atenção à razoabilidade, isonomia e proporcionalidade, conduzindo ao reconhecimento da insignificância nesses casos.²²¹

7.2.1 Da Inaplicabilidade da Lei 13.343/06 e do Princípio da Insignificância aos crimes militares de drogas

Na seara do Direito Penal Militar, muito se discutia, antes mesmo da Lei 13.491/17, acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, bem

²¹⁸NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1305.

²¹⁹ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 968.

²²⁰PINTO, Marcos José. **O usuário de entorpecentes nas justiças comum e militar**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 85.

²²¹NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1308.

como da Lei 11.343/06, aos casos de uso de drogas em lugar sujeito à administração militar, em virtude da existência de entendimento no sentido de que o art. 290 é desproporcional e defasado.

A doutrina especializada, contudo, vinha posicionando-se em sentido contrário à aplicação do princípio da insignificância, bem como da Lei 11.343/06, aos casos envolvendo tráfico e uso de drogas em locais sujeitos à administração militar (situação que pode mudar a partir da Lei 13.491/17), apesar dos discursos daqueles que entendem por desproporcional a resposta dada pelo Direito Penal Militar ao usuário de drogas.

Carlos Frederico de Oliveira Pereira, por exemplo, entende como justa a criminalização não apenas do tráfico, como também da posse para uso, e, mais acertada ainda, a previsão de pena idêntica para o usuário e traficante. Ademais, salienta que:

Em meio à caserna, o tráfico e uso de entorpecentes têm efeitos muito mais funestos. É prática que atinge em cheio a disciplina militar, sem contar que, lembre-se, militar usa normalmente arma. Pense-se no risco para os colegas de farda e até para o meio civil.²²²

Aos menos afeitos às peculiaridades do Direito Penal Militar e da vida na caserna, pode parecer irrazoável a previsão de pena restritiva de liberdade em relação à conduta de trazer consigo drogas para uso próprio, e desproporcional a imposição, em abstrato, da mesma quantidade de pena tanto para o usuário quanto para o traficante. Contudo, conforme já explanamos ao longo deste trabalho, o Direito Penal Militar é um ramo especializado do Direito Penal, que possui peculiaridades e princípios próprios, de modo a afastar institutos a ele estranhos e incondizentes com seus princípios.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 11.343/06, a partir do ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal, afastando-se, ao menos em parte, do entendimento anteriormente adotado, passou a demonstrar duas posições diferentes quanto a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares de porte de pequenas quantidades de drogas em local sujeito à administração militar.

Nessa esteira, a 2ª Turma do Supremo passou a ter posicionamento favorável à aplicação do referido princípio, bem como do art. 28 da Lei de Drogas (superveniente e mais benéfico) aos crimes militares de drogas. Em sentido contrário,

²²² PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/junho de 2007, p. 30.

pela inaplicabilidade da bagatela, a 1ª Turma²²³, quando se tratasse se crime cometido em área sujeita à administração militar.

Encaminhada a questão ao Pleno, o Pretório Excelso, no HC 103.684, decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos do art. 290 do Código Penal Militar, conforme ementa abaixo transcrita.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar.

2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo

²²³ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 892.

a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim.

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143).

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”.

6. **No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum.** Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

7. Ordem denegada.²²⁴ (grifos nossos).

Irretocável, no caso, o entendimento da Suprema Corte que, em atenção à especialidade, aos valores e aos princípios próprios do Direito Penal Militar, tutor de bens jurídicos inerentes à vida na caserna e às suas constitucionais missões, afastou institutos jurídicos estranhos e incompatíveis com esse ramo especializado do Direito.

Noutro viés argumentativo, independentemente da quantidade apreendida, mesmo nos casos de posse para uso pessoal, inaplicável o princípio da insignificância, visto que, por se tratar de crime de perigo abstrato, e que tutela a

²²⁴ STF, PLENO. **Habeas Corpus 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 21.10.2010, DJe 13.04.2011.** Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=13/04/2011&incidente=3873761&codCapitulo=5&numMateria=50&codMateria=1> >. Acesso em: 9 jul 2018.

saúde pública, não é exigível a efetiva lesão ao bem jurídico ou sua colocação em risco real e concreto, para que esteja configurado o crime, de modo que, impossível a aplicação do princípio da bagatela, pois, independentemente da existência de resultado material, a lesão já se encontra caracterizada.

Igualmente, como adverte Adriano Alves-Marreiro, o tipo penal (art. 290 do CPM), bem como a norma penal que o complementa (Portaria 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde), não exigem qualquer quantidade para que se configure o crime, de sorte que, “qualquer quantidade encontrada nas condições do crime militar oferece o perigo exigido pelo crime de perigo abstrato de que estamos tratando²²⁵”.

Noutra senda, com base em argumentos que não se afastam dos expostos anteriormente, a doutrina penal militar e a Jurisprudência relativa ao tema também concluíram pela inaplicabilidade da Lei de Drogas no Direito Penal Militar (situação que pode ser modificada após a vigência da Lei 13.491/17).

Conforme bem assinala Guilherme de Souza Nucci, em seu Código Penal Militar Comentado, no confronto com a Lei 11.343/06 prevalece o disposto no art. 290, do Código Penal Militar, em face do critério da especialidade. A distinção entre tráfico de drogas e posse para uso, feita pela Lei de Drogas, não se aplica ao contexto militar tendo em vista a diversidade de situações, e a exigência, na vida da caserna, de maior rigor.²²⁶

Esse maior rigor da norma penal militar, mesmo no caso de posse para uso pessoal, decorre dos basilares princípios da hierarquia e da disciplina, que restam comprometidos toda vez que drogas são inseridas no ambiente militar, seja pelo traficante, seja pelo usuário. Impossível pensar que exista qualquer compatibilidade (ou mesmo aceitabilidade social), entre o tráfico e uso de drogas e o dever militar, de modo que, dado o grau de reprovabilidade da conduta, esta merece sim tratamento penal distinto.

Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial; não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos ou não posterior condução de uma viatura policial em emergência. Dessa forma, ainda que o cigarro de maconha não seja consumido dentro do quartel, mas

²²⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 1304.

²²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 444.

apenas lá guardado, parece obrigatória a repressão da atitude pela aplicação do Direito Penal Militar.²²⁷

O Supremo Tribunal Federal, em atenção à especialidade do Direito Penal Militar e dos princípios da hierarquia e disciplina, estritamente relacionados ao dever militar, vinha reconhecendo a inaplicabilidade da Lei 11.343/06 nos crimes de posse, por militar, de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense. Nesse sentido, o HC 123.190/DF, conforme o trecho abaixo colacionado:

3. Inobstante mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma.

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção da norma castrense pelo texto constitucional, é no sentido de que “o art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006”

228

O enquadramento, num mesmo tipo penal, da conduta do usuário e do traficante, conferindo-lhes, em abstrato, o mesmo tratamento penal, não viola, necessariamente, o princípio da proporcionalidade, pois, foi opção do legislador, que considerou como igualmente reprováveis as condutas de portar para uso próprio e traficar drogas em local sujeito à administração militar, em atenção às peculiaridades da vida na caserna.

Inobstante a reconhecida inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, é possível o uso da principiologia (a exemplo da razoabilidade), a fim de conferir melhor aplicação às leis. Contudo, a interpretação não pode se afastar da *ratio legis* e desvirtuar, desta maneira, legítimo instrumento de um Estado de Direito. Outrossim, como bem sinaliza Jorge Cezar de Assis, a Lei 11.343/06 apenas revogou de forma expressa as Leis 10.490/02 e 6.638/76, razão por que, não houve alteração nos arts. 290 e 291 do Código Penal Militar.²²⁹

Desse modo, se pretendesse o legislador que aos crimes envolvendo drogas em área sujeita à administração militar fosse aplicável a Lei 11.343/06, poderia fazê-

²²⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1310.

²²⁸ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Habeas Corpus 123.190/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02.06.2015, DJe 16.06.2015.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8686267>>. Acesso em: 8 jul 2018.

²²⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra.** 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 892.

lo de maneira expressa, o que não foi feito, e corrobora o entendimento pela inaplicabilidade dessa lei extravagante ao Direito Penal Militar.

Percebe-se, portanto, que em atenção aos princípios da hierarquia e disciplina, bem como à especialidade do Direito Penal Militar, não se admitia a aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares envolvendo drogas, sobre os quais incidiam, exclusivamente, o regramento do art. 290 do Código Penal Militar. Contudo, em face da Lei 13.491/17, que estende a legislação penal extravagante ao Direito Penal Militar, a situação pode ganhar novos rumos e debates, conforme passaremos a discutir no próximo capítulo.

8. TRÁFICO E USO DE DROGAS EM ÁREA SUJEITA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR À LUZ DA LEI 13.491/17 (LEI DE DROGAS X ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR)

Exploramos, ao longo deste trabalho, as inovações promovidas no Direito Penal Militar após a entrada em vigor da Lei 13.491/17, que, dentre outras coisas, alterou a redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, de modo a ampliar o rol dos tipos penais militares, albergando crimes inexistentes nesse Diploma legal, mas previstos na legislação penal comum.²³⁰

Por crimes previstos na legislação penal, conforme a nova redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar²³¹, deve-se entender os tipos penais previstos tanto no Código Penal, quanto em toda legislação esparsa. Nessa senda, reavivou-se uma discussão iniciada na primeira década do século passado e já explorada neste Trabalho: a aplicabilidade da Lei 11.343/06 aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

Conforme anteriormente concluímos, a entrada em vigor da Lei 11.343/06 não teve o condão de afastar a aplicabilidade do art. 290, do Código Penal Militar, aos casos envolvendo o ingresso ilícito de drogas em locais sujeitos à administração militar. Contudo, com o advento da Lei 13.491/17, já surge entendimento, segundo o qual, a partir da novel Lei, a situação deve ser alterada, de modo que, aos crimes militares de drogas passam a ser aplicáveis os dispositivos da Lei de Drogas.

Nesse sentido, posiciona-se Fernando Galvão, para quem, no conflito entre a norma incriminadora do art. 290 do Código Penal Militar e os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, devem prevalecer as disposições mais recentes, que são as da Lei de Drogas.²³²

²³⁰ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: Revista **Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 30, set./dez. 2017.

²³¹ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II - II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017) (BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.)

²³² GALVÃO, Fernando. **Novos crimes militares de drogas**. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>>. Acesso em: 12 jul 2018.

Conforme Galvão, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de sucessão de leis no tempo, de modo que, a previsão típica posterior (Lei 11.343/06), que possui a visão mais atual sobre o tema das drogas, revogaria a anterior (art. 290, do CPM), com ela incompatível. Assegura ainda não ser possível sustentar a aplicação do art. 290 com base na especialidade, pois, a partir da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei 11.343/06 também são militares. Nas palavras do autor:

Com a mudança promovida pela Lei 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006.²³³

Filia-se à tese de que é aplicável a Lei de Drogas aos crimes militares de entorpecentes Ronaldo João Roth, para quem, algumas condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, como “exportar” e “importar”, se praticados numa das hipóteses do inciso II art. 9º do Código Penal Militar, serão crimes militares, assim como todas as outras condutas típicas previstas na Lei de Drogas quando praticadas durante o serviço ou em razão da função (art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM).²³⁴

Data máxima vênia, impossível concluir, como fazem Fernando Galvão e Ronaldo João Roth, pela aplicabilidade da Lei 11.343/06, isso porque, ao contrário do que afirma o primeiro, não se trata de mera sucessão de leis no tempo, mas sim especialidade da norma penal. Outrossim, os eminentes magistrados conferem interpretação que consideramos equivocadas quanto às alíneas “b” e “c”, do inciso II, do art. 9º do Código Penal Militar, conforme analisaremos a frente.

Ademais, incabível a combinação de tipos penais, como parece sugerir Roth, ao afirmar que se aplicam condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal

²³³ GALVÃO, Fernando. **Novos crimes militares de drogas**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul 2018.

²³⁴ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 30, set./dez. 2017.

Militar (a exemplo de “exportar” e “importar”), mas previstas na Lei 11.343/06, desde que praticadas nas hipóteses do inciso II.

8.1 A ESPECIALIDADE DO ART. 290: LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, uma norma é considerada “especial” em relação a outra quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de outros denominados “especializantes”, ou seja, acrescenta elementar própria à descrição típica prevista na norma geral.²³⁵

Ensina Rogério Greco que:

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *Lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral.²³⁶

Nessa senda, a norma disposta no art. 290 do Código Penal Militar é especial em relação aos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, por possuir elementar “especializante”, qual seja, exigir, para perfeita subsunção da conduta ao tipo, que o fato seja cometido em lugar sujeito à administração militar.

Outra não é a visão de Coimbra Neves e Streinfinger que, ao analisarem o art. 290 do Código Penal, asseveram que, “na figura do *caput* há necessidade de que a conduta seja praticada em local sujeito à administração militar.” Tal imprescindibilidade resta evidente da simples leitura do tipo penal.

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, **em lugar sujeito à administração militar**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:²³⁷ (Grifamos).

Embora não possua todos os elementos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 (como pressupõe Bitencourt), até mesmo pela quantidade de verbos

²³⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

²³⁶²³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 30.

²³⁷BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 jul 2018.

presentes nesses dispositivos legais, sobretudo no segundo, o art. 290 do Código Penal Militar possui elementar especializante, consubstanciada na expressão “lugar sujeito à administração militar”.

Mais do que o simples ato de vender, produzir, fornecer, trazer consigo, etc., exige-se, para que se amolde ao tipo penal previsto no art. 290, que a conduta seja realizada em local sujeito à administração militar, circunstância inexistente nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas, apta a configurar a “elementar especializante”, que torna o tipo do Código Penal Militar especial em relação aos previstos na Lei 11.343/06, afastando assim a aplicação dessa legislação extravagante.

Apesar das especificidades da lei penal militar, já havia, antes mesmo da Lei 13.491/17, quem defendesse a revogação do art. 290 do Código Penal Militar, ante a previsão constante no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas²³⁸, que institui uma causa de aumento de pena para o caso em que o crime de tráfico fosse cometido, dentre outras hipóteses, em unidades militares.²³⁹ Agora, com a extensão da legislação penal para o Código Penal Militar, pode-se reavivar tal argumento, com o qual não se pode concordar.

Não é possível compreender a causa de aumento supramencionada como uma especializante apta a afastar a aplicação do art. 290 do Código Penal Militar. Primeiro porque, a previsão do inciso III, do art. 40, da Lei 11.343/06, não é elementar típica, mas mera causa de aumento, genérica aos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, e não acolhida pela legislação penal militar, que apenas albergou, a partir da Lei 13.491/17, os tipos penais (preceitos primários e secundários), da legislação penal.

Ademais, o conceito de “lugar sujeito à administração militar” (presente no art. 290 do CPM), é mais amplo que o de unidade militar (constante na causa de aumento da Lei 11.343/06), de modo que, o abarca.

²³⁸ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm > Acesso em: 8 jul 2018.

²³⁹ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/junho de 2007, p. 30.

Nas palavras de Lobão,

Local sob administração militar é o que pertence ao patrimônio das Forças Armadas, da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militares ou encontra-se sob a administração dessas instituições militares, por disposição legal ou ordem igualmente legal de autoridade competente. O local pode ser móvel ou imóvel, como veículo, embarcação, aeronave, etc.²⁴⁰

Unidade militar, por outro lado, como se depreende do art. 14 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais do Exército (RISG), é a Organização Militar da Força Terrestre “cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior, exceto as subunidades independentes, podendo ser regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque, base ou depósito²⁴¹”.

Comparando-se o conceito de lugar sob administração militar dado por Lobão, com a definição de unidade militar prevista no RISG, percebe-se que o segundo está contido no primeiro, que é muito mais amplo, abarcando não somente organizações militares, mas também todo o patrimônio que pertence ou está sob a administração das instituições militares. Desse modo, por exemplo, uma viatura policial seria lugar sujeito à administração militar, mas não uma unidade militar, de modo que, o art. 290 do Código Penal seria aplicável, enquanto o art. 40, III, da Lei 11.343/06, não.

Por tudo exposto, impossível não concluir pela aplicação do princípio da especialidade no aparente conflito entre o art. 290, do Código Penal Militar, e os arts. 28 e 33, da Lei 11.343/06, aplicando-se o primeiro quando se trate de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

8.2 ART. 9º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CRIME DEFINIDO DE MODO DIVERSO NA LEI PENAL COMUM

A Lei 13.491/17 não alterou o inciso I, do art. 9º, do Código Penal Militar, de modo que, permanecem sendo crimes militares os previstos nesse Código, “quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial²⁴²”.

²⁴⁰LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 126.

²⁴¹BRASIL. EXÉRCITO. **Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1)**. Disponível em: < <http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf> >. Acesso em: 13 jul 2018.

²⁴²BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul 2018.

Segundo Ione de Souza Cruz e Claudio Amim Miguel, o art. 9º divide-se em três incisos:

I – crimes tipicamente e propriamente militares;

II – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da ativa;

III – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da reserva, reformado ou civil.²⁴³ (Grifamos)

Ainda conforme os autores, o inciso I deve ser analisado por partes, sendo que, a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”), refere-se aos crimes definidos no Código Penal Militar que possuem todas as elementares dos descritos no Código Penal, com algo a mais, que caracteriza sua natureza militar. Como exemplo, o crime de incêndio, que possui previsão em ambos os códigos.²⁴⁴

Código Penal - “Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem²⁴⁵”.

Código Penal Militar – “Art. 268. Causar incêndio **em lugar sujeito à administração militar**, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem²⁴⁶”. (Grifamos)

Desse modo, percebe-se que, o crime de incêndio possui previsão típica tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar, tratando-se de crime militar quando a conduta do agente, civil ou militar, for praticada em lugar sujeito a administração militar.

Também ao comentar o inciso I, do art. 9º, do Código Penal Militar, Enio Luiz Rosseto o decompõe em duas partes, tratando a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”), como a que radica os crimes impropriamente militares, que encontram previsão na legislação penal comum e no Código Penal Militar, sendo que, neste caso, a definição do delito possui especializante no tipo penal que o distingue do crime comum. Tal é o caso do ato obsceno (art. 238 do CPM e art. 233 do CP), que adotou como elemento

²⁴³CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.

²⁴⁴ Idem, p. 30-31.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 2.848. 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em: 13 jul 2018.

²⁴⁶BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul 2018.

especializante o local do crime, de modo que, o fato é considerado crime militar se o civil ou militar “praticar ato obsceno em lugar sujeito à administração militar”.

Sem entrar na discussão quanto à classificação que deve ser atribuída aos crimes de que trata a primeira parte do inciso I, certo é que, nesses casos, o tipo incriminador previsto no Código Penal Militar, possui elementar especializante que o difere da prevista na lei penal comum e que torna o crime militar. Pensamos que, como já exposto, seja esse o caso do art. 290 do Código Penal Militar, que possui a especializante “lugar sujeito à administração militar”. Tal, também, é o entendimento adotado por Carlos Frederico de Oliveira Pereira, para quem,

No caso de tráfico e posse ilícita de entorpecentes tem-se crime de definição diversa na lei penal comum, art. 9º inciso I do CPM, o que caracteriza automaticamente o crime militar, pouco importa se o sujeito ativo é militar ou civil, caso o comportamento, é claro, ajuste-se à norma incriminadora, dando ensejo à fixação da competência castrense, posto que, à luz dos artigos 124 e 125 § 4º da Constituição Federal, somente a Justiça Militar julga crimes militares, excetuadas as hipóteses de foro privilegiado por prerrogativa de função.²⁴⁷

Desse modo, em virtude da elementar especializante prevista no art. 290 do Código Penal Militar, que exige, para perfeita subsunção ao tipo, que as condutas relativas ao uso ou tráfico de drogas sejam praticadas em lugar sujeito à administração militar para que se configure o crime militar, percebe-se que o referido tipo penal está entre as hipóteses do inciso I, do art. 9º, que não sofreu qualquer alteração por parte da Lei 13.491/17.

Nesse caminhar, aduz Coimbra Neves que, assim como os artigos que preveem crimes militares em espécie, o inciso I, do art. 9º, do Código Penal Militar, não foi alterado ou revogado pela Lei 13.491/17, de sorte que, os tipos existentes apenas nesse Código ou nele tipificados de maneira substancialmente diversa, ainda são crimes militares, com subsunção marcada, exclusivamente, pelos elementos típicos da Parte Especial do Código Castrense, tais como a violência contra inferior (art. 175 do CPM), e o tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeitos análogos (art. 290 do CPM).²⁴⁸ Desse modo, atendidas as elementares do art. 290 do CPM, está-se diante de um crime militar, sem necessidade atender qualquer outra condição.

²⁴⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/junho de 2007, p. 30.

²⁴⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 23, set./dez. 2017.

Conclui-se, portanto, que, a vigência da Lei 13.491/17 não implicou na revogação, ou mesmo em qualquer alteração no art. 290 do Código Penal Militar, que continuará a ser o dispositivo penal aplicável aos casos de tráfico e uso de entorpecente em lugar sujeito à administração militar.

8.3 DA INAPLICABILIDADE DAS ALÍNEAS “B” E “C”, DO INCISO II, DO ART. 9º, À POSSE PARA USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Como já exposto, Fernando Galvão e Ronaldo João Roth entendem que, após a entrada em vigor da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei de Drogas podem ser considerados militares.

Conforme Galvão, realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II, do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar.²⁴⁹

Roth, por sua vez, entende que as condutas não tipificadas no art. 290, do Código Penal Militar, como “importar” e “exportar”, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, se praticados numas das hipóteses do inciso II, do art. 9º, do CPM, serão crimes militares, assim como as demais condutas típicas previstas na Lei 11.343/06, quando praticadas na forma do art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM.²⁵⁰

Em que pese o esforço doutrinário expendido pelos autores, por tudo quanto exposto neste trabalho, não cremos ser possível a adoção de tais entendimentos. Como já sinalizado, o art. 290, por possuir redação diversa da lei comum, se encaixa à hipótese do inciso I, do art. 9º, também do Código Penal Militar, de modo que, basta que sejam satisfeitas as elementares previstas no tipo para que se esteja diante de um crime militar. Outrossim, Galvão e Roth conferem, respectivamente, às alíneas “b” e “c”, do inciso II, do art. 9º, errônea interpretação.

²⁴⁹ GALVÃO, Fernando. **Novos crimes militares de drogas**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul 2018.

²⁵⁰ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: Revista **Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 30, set./dez. 2017.

Do exposto por Fernando Galvão, depreende-se que, para o autor, após a Lei 13.491/17, a elementar “lugar sujeito à administração militar”, prevista no art. 290 do Código Penal Militar, não mais confere especialidade ao referido tipo, isso porque, aos crimes previstos na Lei 11.343/06 aplica-se a alínea “b”, do inciso II, do art. 9º, do CPM, segundo a qual, consideram-se crimes militares os previstos nesse Código e na legislação penal, quando praticados “por militar em situação de atividade ou assemelhado, **em lugar sujeito à administração militar**, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.”²⁵¹ (Grifamos).

Desse modo, para Galvão, os crimes previstos na Lei de Drogas (o que inclui os arts. 28 e 33), quando praticados em lugar sujeito a administração militar seriam crimes militares, afastando a incidência do art. 290 do Código Penal Militar. Para o autor, a combinação dos arts. 28 e 33 com o art. 9º, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, por questão de sucessão da lei no tempo, afastaria o art. 290 do CPM.

De igual modo, Ronaldo João Roth entende pela aplicabilidade dos tipos previstos na Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, quando combinados com o art. 9º, inciso II, alínea “c”, do Código Penal Militar.

Com todo respeito aos ilustres doutrinadores, as conclusões a que chegam, e que afastam a aplicação do art. 290 do CPM aos casos de posse para consumo pessoal e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar, decorrem de equivocadas interpretações das alíneas “b” e “c”, do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar.

Inicialmente, cabe dizer, como já expusemos, que o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, na forma do *caput* do art. 290 do Código Penal Militar, pode ser cometido tanto por militar, quanto por civil. O inciso II, do art. 9º, do CPM, por outro lado, apenas cuida de condutas que têm como sujeito ativo o militar em atividade²⁵².

Na forma da alínea “b” do referido inciso, considera-se crime militar, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar e na legislação penal quando praticados por militar em situação de atividade, “em lugar sujeito à administração militar, contra

²⁵¹BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul 2018.

²⁵² SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 46.

militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.”²⁵³ Desse modo, para que o crime seja considerado militar, na forma da alínea “b”, a conduta deve atender, cumulativamente, a todos os requisitos previstos: a) praticado por militar em atividade; b) em lugar sujeito à administração militar, e; c) contra militar da reserva, ou reformado, ou civil. Não é suficiente, portanto, que a conduta seja praticada em lugar sujeito à administração militar, ao contrário do que parece sugerir Fernando Galvão.

Das lições de Célio Lobão é possível, no particular, extrair o que segue:

Nos termos da alínea *b* do in. II, são requisitos do crime militar: local do crime sob administração militar, sujeito ativo militar e sujeito passivo civil. **Indispensável o atendimento dos três requisitos para a militarização do delito com igual definição na lei penal comum.**

(...)

Temos, na alínea *b*, o critério *ratione loci*, acrescido da condição de militar do agente e de civil do ofendido, subordinado, no entanto, ao critério *ratione legis* sempre presente na conceituação do delito militar.²⁵⁴ (grifamos)

Silvio Martins Teixeira, em comentário à alínea “b”, do inciso II, do art. 6º, do Código Penal Militar de 1944, cuja redação é idêntica à da alínea “b”, do inciso II, do art. 9º, do atual Código Penal Militar, explicava que “razoável é que se considerem atentatórios das instituições militares os crimes praticados por militar ou assemelhado contra qualquer pessoa, em lugar sujeito à administração militar²⁵⁵”. Desse modo, percebe-se que, para Martins Teixeira, os crimes praticados por militares em lugar sujeito à administração militar devem se dirigir contra pessoas para que se configure a hipótese da alínea em apreço.

Importante lembrar que, nos crimes relativos ao uso e tráfico de drogas, tutela-se a saúde pública, de maneira que, não é possível que tais crimes preencham todos os requisitos da alínea “b”, pois, embora possa ser cometido por militar (a) e em local sujeito à administração militar (b), não é possível que a conduta seja dirigida contra uma pessoa, seja militar da reserva, reformado ou civil (c), pois ferem bem jurídico da coletividade, e não de pessoa determinada.

Raciocínio semelhante é aplicável à alínea “c”, do inciso II, do art. 9º, que caracteriza como crime militar o fato de a conduta ser praticada por militar em situação de atividade, ainda que fora de local sujeito à administração militar, contra

²⁵³BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul 2018.

²⁵⁴ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 125.

²⁵⁵TEIXEIRA, Silvio Martins Apud ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 117.

militares inativos ou contra civis, desde que ajam em razão do serviço, função que desempenha ou comissão recebida²⁵⁶. Dessa maneira, para que se amolde à alínea “c”, a conduta, além de ser praticada por militar em razão do serviço, deve ser dirigida contra civil (pessoa física determinada), que não é, como já dito, o bem jurídico tutelado pelos crimes de drogas.

Ainda que não se concorde com tudo quanto aqui expusemos, necessário atentar para o fato de que, como já advertimos, o inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, apenas trata das hipóteses cujo sujeito ativo é o militar em atividade, de modo que, pugnar pela aplicação dos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, combinados com qualquer das alíneas do inciso II, do art. 9º, do CPM, em detrimento do art. 290, do mesmo diploma legal, seria o mesmo que tornar a posse para uso e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar crime propriamente militar, desvirtuando a própria lógica da legislação penal militar.

A posse e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar são condutas que ferem mais do que a saúde pública, atingindo também a regularidade das instituições militares²⁵⁷, de modo que, devem ser consideradas crimes militares, quer sejam cometidas por militar, quer sejam cometidas por civil, pois colocam em xeque os basilares princípios da vida castrense.

Por tudo quanto argumentado, apenas é possível concluir pela permanência da aplicação do tipo de “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, presente no art. 290, do Código Penal Militar, pois, além de não ter sido revogado pela Lei 13.491/17, é o dispositivo penal aplicável aos crimes de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a sua especialidade, que lhe capacita a melhor tutelar a hierarquia e disciplina militar, afastando-se assim a aplicação da Lei de Drogas, afeita à legislação comum.

Ainda que anteriores à Lei 13.491/17, permanecem atuais as lições do Procurador de Justiça Militar da União, Luciano Moreira Gorrihas, para quem:

A hierarquia e disciplina, supedâneos indispensáveis para a operacionalidade das Forças Armadas, constituem-se no bem jurídico imediato a ser protegido, razão pela qual comungo com a ideia de que não devem ser aplicados, no âmbito da justiça castrense, alguns institutos de direito penal comum, notadamente aqueles que, por suas características

²⁵⁶SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 48.

²⁵⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar 2**. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1309.

intrínsecas, estão mais afeitos à citada legislação e, portanto, não se coadunam com a índole da legislação penal militar.²⁵⁸

O argumento de que o art. 290 do Código Penal Militar encontra-se defasado, sobretudo em relação às disposições previstas na Lei 11.343/06, que traz a visão legal mais atual a respeito das drogas, não é suficiente para afastar o tipo especial previsto no CPM, que não fora revogado, e continua a ser o dispositivo apto e que melhor tutela os interesses inerentes às instituições militares.

8.4 DA INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO PENAL DA LEI 11.343/06

A Lei 11.343/06, a partir do art. 48, passa a disciplinar o procedimento penal próprio para os crimes nela tipificados, regulando até mesmo aspectos investigatórios, não nos cabendo, neste trabalho, tecer grandes considerações a respeito, até porque, entendemos não ser aplicável no âmbito da Justiça Militar.

Conforme o art. 48 da Lei de Drogas, o procedimento relativo aos processos por crimes nela definidos é regido pelos dispositivos próprios previstos nessa Lei, aplicando-se, de maneira subsidiária, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.²⁵⁹

Para o agente que pratique qualquer das condutas do art. 28, relacionadas ao uso de drogas, salvo se houver concurso com os demais crimes previstos na Lei de Drogas, aplica-se, no seu processo e julgamento, o disposto no art. 60 e seguintes da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.²⁶⁰

Por outro lado, nos casos envolvendo tráfico de drogas, é aplicável o disposto nos arts. 50 a 59, que prevê procedimento específico, o que inclui atos investigatórios e prazos próprios, que não serão aqui analisados, bastando citar, exemplificativamente: o prazo de conclusão do inquérito, que será de trinta dias, quando o acusado se encontrar preso, e noventa dias, quando solto; defesa prévia, no prazo de dez dias, instituto próprio da Lei 11.343/06; e, resposta a acusação, no prazo de dez dias, caso recebida a denúncia, podendo o juiz proceder a absolvição

²⁵⁸ GORRILHAS, Luciano Moreira. A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 87, p. 13, jan./fev. 2011.

²⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 14 jul 2018.

²⁶⁰ *Idem, Ibidem.*

sumária, nos termos do art. 397 do CPP, inserido pela Lei 11.719/08, e aplicável ao procedimento nos casos de tráfico de drogas, por configurar garantia ao acusado.²⁶¹

Contudo, como já tratamos anteriormente, a Lei 13.491/17 apenas introduziu na legislação penal militar os tipos incriminadores previstos na legislação penal comum, o que apenas inclui os seu preceitos primários e secundários, de modo que, ainda que se trate de crime militar por extensão, devem ser seguidas as regras próprias Direito Penal Militar e Processo Penal Militar, consubstanciadas nos Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, legislações especiais e atentas às características próprias, que se justificam em virtude da especialidade da vida na caserna.

Conforme já destacamos, a Lei 11.343/06 determina que, nos casos de crimes relacionados ao uso de drogas, o processo e julgamento segue o disposto no art. 60 e seguintes da Lei 9.099/95. Contudo, a Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 90-A é clara ao prever que, suas disposições não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.²⁶²

Desse modo, percebe-se que, na senda do que aqui defendemos, o legislador sempre demonstrou preocupação em afastar, no âmbito da Justiça Castrense, a aplicação de dispositivos estranhos e incompatíveis ao regramento próprio do Direito Militar.

Destarte, mesmo para os que entendam pela aplicação dos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, em detrimento do art. 290 do Código Penal Militar, para os casos que envolvam condutas ligadas ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar, impossível reconhecer a aplicação dos institutos procedimentais previstas na Lei de Drogas ou qualquer um outro que não previsto no Código de Processo Penal Militar.

²⁶¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 278.

²⁶² BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> . Acesso em 14 jul 2018.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sancionada aos 13 de outubro de 2017, a Lei 13.491/17 fomentou inúmeras inquietações na comunidade jurídica, sobretudo naqueles que atuam na Justiça Militar, ao alterar o art. 9º do Código Penal Militar, dispositivo esse responsável por prever em que circunstâncias se perfazem os crimes militares em tempos de paz.

O inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, ganhou nova redação, de maneira que, para além dos previstos nesse Diploma, pode ser considerado crime militar qualquer tipo previsto na legislação penal, o que alberga o Código Penal e a legislação penal extravagante. A novel Lei trouxe mudanças também no que toca ao julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis cometidos por militares que, em regra (§ 1º, do art. 9º), serão julgados pela Justiça Comum, comportando exceções nos casos do § 2º, em que o sujeito ativo é militar das Forças Armadas e o julgamento se dará na Justiça Militar da União.

Tais alterações foram debatidas ao longo deste trabalho, no qual se concluiu que, as alterações promovidas nos §§ 1º e 2º, do art. 9º, dizem respeito às regras de competência, enquanto a alteração promovida no inciso II possui natureza material, pois ampliou rol de crimes militares, que passam a ser, para além dos previsto no Código Penal Militar, os que se encontram no Código Penal e na legislação penal extravagante, desde que cometidos numa das hipóteses previstas nas alíneas do inciso II, do art. 9º, do mesmo Código.

Aos novos crimes militares, previstos na legislação penal, preferimos denominá-los, como faz Ronaldo João Roth, de crimes militares por extensão, vez que se ligam à legislação penal militar por força do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, que passa a ser uma norma de extensão para os tipos não previstos nesse Código.

Nessa senda, perquiriu-se sobre a possibilidade de que os arts. 28 e 33, da Lei 11.343/06, pudessem ser considerados crimes militares por extensão, de forma a afastar a incidência do art. 290, do Código Penal Militar, que tipifica o crime de “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, que condensa, num mesmo dispositivo, as condutas ligadas ao uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar, conferindo-lhes igual reprimenda penal.

Embora se argumente que o art. 290 do Código Penal Militar é norma defasada e injusta, conforme demonstramos, ela não foi revogada, vez que é tipo

penal especial e se enquadra à hipótese do inciso I, do art. 9º, desse Diploma Castrense, que não sofreu qualquer reflexo em decorrência da Lei 13.491/17, de modo que, deve continuar sendo a norma penal aplicável aos casos envolvendo posse para uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar.

Ainda que pareça injusto que a pena aplicável ao usuário e ao traficante seja a mesma e, mais ainda, que o civil se submeta ao mesmo tipo penal, é importante lembrar que, está-se diante de um crime de perigo abstrato, que visa reprimir os possíveis e nefastos efeitos do ingresso de drogas em locais sujeitos à administração militar. Como se advertiu, o tipo do art. 290 do Código Penal Militar tutela mais do que a saúde pública, promovendo, também, a proteção à regularidade das instituições militares.

A inserção de drogas no âmbito castrense, seja promovida pelo militar, seja promovida pelo civil, seja para uso próprio, seja para tráfico, representa enorme risco ao regular funcionamento das instituições militares, baseadas nos princípios da hierarquia e disciplina, que restam comprometidas quando a capacidade cognitiva do militar está alterada pelo uso de substâncias entorpecentes.

Nessas situações, a própria sociedade, que depende da proteção conferida pelas Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, é colocada em situação de vulnerabilidade.

Por isso, impossível tolerar que drogas sejam inseridas no âmbito das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, a quem foram constitucionalmente incumbidos, respectivamente, a defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais, a preservação da ordem pública e a defesa civil.

Ao prever, como elementar típica do art. 290, que o crime seja cometido em lugar sujeito à administração militar, a intenção do legislador parece clara no sentido de evitar, especificamente, que as condutas relacionadas ao uso e tráfico de entorpecentes sejam cometidas nesses locais, a fim de tutelar, assim, a regularidade das instituições militares. A Lei 11.434/06, por outro lado, é legislação atinente ao direito penal comum, que não leva em consideração as peculiaridades próprias que envolvem a vida na caserna.

O art. 290 do Código Penal Militar deve, portanto, continuar sendo aplicado aos casos que envolvam o uso e tráfico de drogas em lugares sujeitos à administração militar, pois é norma especial em relação ao tema e que não foi

revogada pelas disposições da Lei de Drogas, mesmo com a entrada em vigor da Lei 13.491/17.

Insta consignar que, embora, em abstrato, a pena prevista pelo art. 290 para o usuário e traficante seja a mesma, é possível que o juiz, sem se desvincular dos parâmetros legais estabelecidos pela norma (pena de até cinco anos), faça um juízo de razoabilidade à luz do caso concreto, proporcionando, dentro das balizas legais, o justo tratamento a cada situação específica.

No caso de crimes de drogas, insta salientar que o processo e julgamento submete-se aos dispositivos próprios da legislação castrense (CPM e CPPM), não sendo aplicável qualquer dispositivo estranho aos precitados diplomas legais. Vez que, como já dissemos, a Lei 13.491/17 apenas importou para a legislação penal militar os tipos previstos na legislação penal comum, o que não inclui eventuais disposições gerais ou procedimentais.

10. REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança que ocorreu— tratando agora do caput do inciso II e suas consequências. Lei 13.491/2017. (o velho truque das perguntas e respostas para comentar uma nova Lei).** Disponível em: < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/11/2pdf-titulo-perguntas-e-respostas-lei-13491.pdf> >. Acesso em: 01 jun 2018.

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. (uma análise sem resumos do objeto: detalhada).** Disponível em: < <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.wordpress.com/2017/10/31/comecando-a-entender-as-mudancas-no-cpm-lei-13-4912017/> >. Acesso em: 29 maio 2018.

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida: um resumo didático da confusão que se reinicia...** Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2017/11/740512c5-adriano-marreiro.pdf> >. Acesso em: 27 maio 2018.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática.** São Paulo: Método, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAS, Vladimir. **As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017.** Disponível em: < <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/> >. Acesso em: 28 maio 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. **A Lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações.** Disponível em: <

<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es> >. Acesso em: 31 maio 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BARRETO FILHO, Jordelino Rodrigues. A história da justiça militar brasileira. In: **Águia: Revista Educacional da FENORD**. V. 03. 2013. Teófilo Otoni: FENORD, 2013.

BEVILAQUA, Clóvis Apud ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 104.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 2**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho->

1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html >. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 4 jul 2018

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 1.002., de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.

BRASIL. Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> >. Acesso em: 9 jul 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm > Acesso em: 4 jul 2018.

BRASIL. EXÉRCITO. **Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1)**.

Disponível em: < <http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf> >.

Acesso em: 13 jul 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936**. Disponível em: <

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-192-17-janeiro-1936-501765-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm >. Acesso em: 8 jul 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Brasília, DF. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm >. Acesso em: 10 jul 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm >. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm >. Acesso em: 4 jul 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm >. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9299.htm >. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 6 jul 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm>. Acesso em: 4 jul 2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS: HC 91003 BA.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757203/habeas-corporus-hc-91003-ba> >. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Informativo.** Brasília, 30 de abril a 4 de maio de 2007 - Nº 465. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1> >. Acesso em: 8 jul 2018.

BRASÍLIA, Distrito Federal. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase.** Disponível em: < https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cabc189e0bd2dde8e19d39640f46dd5 >. Acesso em: 7 jul 2018.

BRASÍLIA, Distrito Federal. **Súmulas.** Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes militares praticados contra civil – competência de acordo com a lei 13.491/17.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61211/crimes-militares-praticados-contracivil-competencia-de-acordo-com-a-lei-13-491-17> >. Acesso em: 28 maio 2018.

CABRAL, Dilma. **Conselho supremo militar e de justiça.** Disponível em < <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/301-conselho-supremo-militar-e-de-justica-1822-1889> >. Acesso em: 13 maio 2018.

CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar Numa Visão Garantista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSEB, Pauli Adib. A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COLOMBO, Carlos. Apud LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

CORRÊA, Univaldo. **A evolução de a Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos**. Extraído e adaptado de A Justiça Militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1991, p. 517. Disponível em: < <http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf> >. Acesso em: 5 maio 2018.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro Apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERNANDES, Tadeu. **Estatuto do Policial Militar**. Bahia: Cidadão Legal, 2010.

FILHO, Cherubim Rosa Apud SILVA, Luiz Felipe Carvalho. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. In: **Revista do Ministério Público Militar**. n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar**. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/12/A-Lei-1349117-e-a-amplia%C3%A7%C3%A3o-da-compet%C3%Aancia-da-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 27 de maio de 2018.

GALVÃO, Fernando. **Não há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017**. disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017>. Acesso em 27 maio de 2018.

GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar> >. Acesso em: 2 jun 2018.

GALVÃO, Fernando. **Novos crimes militares de drogas**. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 7 jul 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GORRILHAS, Luciano Moreira. A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas. In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 87, jan./fev. 2011.

GUSMÃO, Crysólito de Apud LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconvençãoal**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional#sdfootnote24sym> >. Acesso em: 27 maio 2018.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JR., Aury. **Limite penal: lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri> >. Acesso em: 28 maio 2018.

LUIZI, Luiz Apud RIBEIRO, Maurides de Melo. **A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, Ano 24, n. 286, set./2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Lei 13.491/2017 reforça militarização da segurança pública e da Justiça Penal**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/academia-policia-lei-134912017-reforca-militarizacao-seguranca-publica-justica-penal> >. Acesso em: 4 jul 2018.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484> >. Acesso em: 5 abr 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A lei que alterou a competência da justiça militar da união**. Disponível em, < <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-lei-que-alterou-a-competencia-da-justica-militar-da-uniao-por-romulo-de-andrade-moreira-1508242671> >, Acesso em: 16 maio 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017**. In: Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar: em tempo de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos**. Palestra proferida no “Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar”, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf> >. Acesso em: 02 jun 2018.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/junho de 2007.

PINTO, Marcos José. **O usuário de entorpecentes nas justiças comum e militar**.

1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

ROCHA, Eduardo Biserra. O novo sistema de políticas sobre drogas e o artigo 290 do CPM. Aspectos relevantes. In: **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano X, nº 63, janeiro/fevereiro de 2007.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Apud ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

ROMEIRO, Jorge Alberto Apud ROTH, João Ronaldo. Crime militar versus crime comum: identificação e conflito aparente de normas. In: **Direito militar: doutrinas e aplicações** / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2015.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). In: **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, n. 126, p. 29, set./dez. 2017.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SEIXAS, Alexandre Magalhães. **A Justiça Militar no Brasil: estruturas e funções**. Dissertação de mestrado. - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2002. Disponível em, < <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281899> >, Acesso em: 12 maio 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ranna Rannuai Rodrigues. A Justiça Militar de Ontem em Diante. In: **Revista do Ministério Público Militar**, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. In: **Revista do Ministério Público Militar**, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

TEIXEIRA, Silvio Martins Apud ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015.